

# いわゆる満足の仮処分と本案訴訟（二・完）

——最高裁昭和五四年四月一七日判決を機縁として——

野村 秀敏

## 目次

- 一 序
- 二 満足の仮処分の許否
- 三 満足の仮処分と本案訴訟の訴の利益（以上・八号）
- 四 満足の仮処分の執行及びその後に生じた新事態と本案訴訟の審理
  - （一）従来の見解
  - （二）私見
- 五 満足の仮処分の意義
- 六 関連問題
  - （一）仮執行及びその後に生じた新事態と控訴審の審理
  - （二）仮処分目的物の売却と本案訴訟の審理
- 七 結語

#### 四 満足の仮処分の執行及びその後が生じた新事態と本案訴訟の審理

##### (一) 従来の見解

一 第二節において検討したように、仮処分は、被保全権利が仮処分執行以外の事由により近い将来消滅してしまふことが予想される場合でも許される余地がある。第三節において検討したように、目的物の仮処分債権者への完全な給付を命ずる仮処分命令が発令されても、本案訴訟は給付訴訟として提起され、あるいは維持されうる。それでは、仮処分執行の事実、あるいは被保全権利の消滅事由たる新事態が予想どおりもしくは予想に反して発生したということは、本案訴訟の審理に如何なる影響を及ぼすかを、次に検討しよう。この検討に際しては、とりあえず、いわゆる満足の仮処分のうち、被保全権利の完全な満足を許す仮処分のみを念頭において議論すればたりるであらう。<sup>(3)</sup> というのは、そうでない仮処分の場合は、仮処分執行の事実が本案訴訟の審理に何らの影響をも及ぼさないことは明らかであるからである。なお、ここでの問題点については、多くの見解が対立しているので、最初にそれらの見解を列挙した後、自説を展開するという順序で叙述を進めることとする。

##### 二 まず、従来の見解を列挙する。

(一) 例外的本案訴訟不要説 この説は、本案訴訟が無用ないし無意味である場合には、例外的にそれを要しないとす。たとえば、一定期間の通行地役権というようなそれ自体に期間の制限のある権利を被保全権利とする仮処分については、期間が経過して、そのため本案訴訟を提起しえなくなった場合には本案訴訟は不要であり、またそうであっても、仮処分もその効力を失うから差支えないとする。<sup>(4)(5)</sup> また、ドイツにおいては、被保全権利の消滅した

場合に起訴命令の申立がなお許されるか、という形で問題が提起されるが、これに対しては否定的な解答が与えられるのが通常であるので、この限度で、ドイツの通説は、例外的本案訴訟不要説であるといえよう。<sup>(7)</sup> その際、理由としてあげられるのは、その消滅前に被保全権利が存在していたとの過去の法律関係の確認については訴の利益がないということと、立法者が、仮差押の執行を契機に債務の履行がなされた場合には、債権者に本案訴訟提起の義務を課することは不要であるとみなしていたという沿革である。<sup>(8)(9)</sup>

(二) 本案訴訟必要説

(1) 請求変更説 満足の仮処分の執行の結果を斟酌し、本案訴訟における請求を仮処分による満足の結果を是認するような内容のもの(たとえば、損害賠償や不当利得返還の義務の不存在確認)に構成すべきである、とする説である。<sup>(10)</sup> なお、この説には、仮処分執行の結果、被保全権利は実体法の平面においても消滅するとの見解が基礎になっているように思われる。<sup>(11)</sup>

(2) 請求維持説<sup>(12)</sup>

(イ) 仮の履行状態及び新事態不顧慮説 満足の仮処分の執行による仮の履行状態、その後が生じた新事態の一切を本案訴訟において斟酌すべきではない、とする説である。<sup>(13)</sup> この説は、その前提として、満足の仮処分の執行による仮の履行状態の形成によっては、被保全権利は実体法の平面においては消滅しないとする。そして、本案訴訟における判決の既判力の基準時を、仮処分執行や新事態発生後の口頭弁論終結時とするもののである。

(ロ) 仮の履行状態及び新事態顧慮説 この説は、仮処分執行により形成された仮の履行状態を確定的に顧慮するのではなく、仮のままに顧慮するとする。そして、本案訴訟の請求は、仮処分の是認せられるべきことを最も平明に表現するものとして、仮処分が求められているままの請求として構成すべきであるが(つまり、結論的には請求維持説であるが)、仮の履行状態を仮のままに顧慮することの結果として、本案訴訟における判決は、履行されて

消滅する以前の過去の時点における被保全権利たる権利関係の存否を確定する、とする。もっとも、被保全権利が仮処分による履行以外の事由により消滅していれば、請求ないし判決主文においてその旨を表示すべきである、とする。<sup>(14)</sup>

(ii) 仮の履行状態不顧慮及び新事態顧慮説 仮の履行状態は顧慮しないが、新事態は顧慮する、という説である。すなわち、満足的仮処分の執行による仮の履行状態しかない段階では、本案訴訟の口頭弁論終結時を基準時とし、仮の履行状態を無視して本案請求の可否を判断すべきであるが、仮処分執行後新事態が発生した場合は、既判力の基準時は、新事態惹起直前の時点に遡り、本案訴訟における判決は、その過去の時点における権利または法律関係の存否を確定する、とする。<sup>(15)</sup>

### (3) 折衷説

(i) 仮の履行状態不顧慮並びに新事態顧慮説<sup>(16)</sup> 折衷説の第一説は、仮処分執行による仮の履行状態そのものは本案訴訟において顧慮すべきでないが、その後に生じた新事態は顧慮すべきである、とする。この説は、請求維持説中の仮の履行状態及び新事態不顧慮説と同様に、仮処分執行による仮の履行状態の形成によっては被保全権利は実体法上消滅しないから、本案訴訟においては、その仮の履行状態を顧慮すべきではないとするが、その後に生じた被保全権利の消滅事由たる新事態は仮の履行状態とは別個の存在であるから、これを顧慮する、とする。そして、この後者の場合、仮処分債権者は、被保全権利消滅までの仮の履行状態を正當づけるような内容の請求（たとえば、損害賠償や不当利得返還の義務の不存在確認）に訴を変更するか、そのような趣旨の本案訴訟を提起すべきである、とする。<sup>(17)</sup> なおまた、仮処分執行による仮の履行状態の実現は、本案訴訟によるジャスティフィケーションを留保した仮の状態であるのに対し、その後の新事態は無条件・確定的に生ずる事態であるということと、判決は口頭弁論終結時までに生じたあらゆる事態を参酌してなすべきであるという一般原則を強調することにより、同一の

結論に達する論者もある。<sup>(18)</sup> もっとも、この説の内部でも、仮処分執行後に発生した被保全権利の消滅事由たる新事態のうち、本案訴訟において顧慮されない例外を認めるべきか否か、認めるとしてどの範囲で認めるか、については見解がわかれて<sup>(19)</sup>いる。

(ロ) 原状回復区分説 折衷説の第二説は、仮の履行状態であるか新事態であるかによらず、現実的な原状回復の不能をきたすか否かにより、その事態を本案訴訟で顧慮すべきか否かを区分する。すなわち、被保全権利の目的物が絶対的に滅失した場合には、被保全権利は実体的に消滅するのであるから、右滅失は本案に影響し、本案の請求の変更が必要であるが、他方、履行状態や新事態が回復可能である場合には、それらはあくまでも仮の満足であるにすぎず、本案に何らの影響を与えるものではなく、それ故、仮処分債権者は被保全権利に関する本来の請求を維持すればよく、しかも既判力の基準時を遡らせる必要はない、とする。<sup>(20)</sup>

(1) ここでの関連では、実際に仮処分執行がなされた場合と、仮処分命令があるために、仮処分債務者がやむをえずその内容にそった態度をとった場合とで異なって考える必要はない（石川明「満足の仮処分の執行後被保全権利に関して生じた事実状態の変動と本案の審理（上）」判例時報九五五号（昭五五）三頁参照）。

(2) この点については、第一節注（2）掲記の判例批評、判例解説において一応検討しておいた。しかし、先に指摘したように、そこでは、紙数と判例批評、判例解説という場の制約のため、批評、解説の対象となった判例のみを念頭において議論したため、ここでの問題について触れえなかった点もある。そこで、本節は、右の判例批評、判例解説の叙述を補う意図をも有している。

(3) 山木戸克己「満足の仮処分」保全処分の体系下巻（昭四一）八一六頁参照。なお、満足の仮処分なる概念を行為規範として用いることは必ずしも適切ではないが（第二節注（15）参照）、ここでは、評価規範としてのそれが問題となっている。また、被保全権利の消滅事由たる新事態の発生が、本案訴訟の審理に対し如何なる影響を及ぼすかの問題は、全ての仮処分について生じうるが、この問題はここで問題とするような仮処分との関連でとりあげられることが多いので、とりあえず、そのような仮処分のみを念頭におくこととする（後述、第五節「参照」）。

(4) 沢栄三「仮の地位の仮処分と継続的法律関係」(昭二七) 保全訴訟研究二〇七頁、菊井維大「仮処分と本案訴訟」民事訴訟法講座四卷(昭三〇) 一二二九頁。

(5) ただし、この説によっても、それが無用ないし無意味となる以前の本案訴訟において、如何なる請求がなされるべきかは必ずしも明瞭ではない。すなわち、沢栄三「仮処分の本案化」(昭二九) 保全訴訟研究一四頁は、「家屋明渡訴訟において、……執行吏保管のもとに、申請人に家屋の使用を許した場合、明渡請求権の満足については、もはやその時期における本案の権利の行使(使用権能)は、時間的に経過することにより、そのままでは本案判決を受けえない」とされるから、本案請求は、その経過した期間についての損害賠償義務不存在確認となるのかもしれない(もっとも、この場合も本案訴訟不要となるのかもしれないが、そのままでなければ本案判決を受けうるとしているから、ここで述べたようなことになる)。しかし、もしそうであるなら、論者自ら認めるように、損害賠償の可能性なら如何なる場合でも存在するのであるから(沢・前掲論文保全訴訟研究二〇六頁)、その義務の不存在確認訴訟も如何なる場合でもありうることになり、本案訴訟が不要となることはありえないはずである)。これに対し、菊井・前掲論文一二二九頁は、「時間的制約等のため本案訴訟の現実の提起の可能性は別として、その提起の論理的 가능성이あれば、(仮処分の……筆者)附随性ありと見るべきではなからうか」とされるから、本案請求としてはあくまで本来の形のそれだけが考えられているように思われ、それなりに論旨は一貫している。

(6) ドイツの通説は、満足の仮処分の執行自体によつては被保全権利は消滅しないとするので(後注(12)参照)、この段階では例外的本案訴訟不要説に数えあげられえない。

(7) Schlüter, Erfüllung der Forderung als Erledigungsgrund im Arrestverfahren, ZZP Bd. 80 (1967), S. 462 ff.; Stein-Jonas-Grunsky, ZPO, 19. Aufl. 1971, § 926 II 3; Zoller-Scherübl, ZPO, 11. Aufl. 1974, § 926 Ann. 1; Baumann, Zwangsvollstreckung, 1975, S. 251 N. 371; Schöike-Baur, Zwangsvollstreckungs-, Konkurs- und Vergleichsrecht, 10. Aufl. 1978, S. 234; Baumbach-Lauterbach-Hartmann, ZPO, 37. Aufl. 1979, § 926 2) A c); Mädrich, Das Verhältnis der Rechtsbehelfe des Antragsgegners im einstweiligen Verfügungsverfahren, 1980, S. 60 ff.

(8) Hahn, Die gesamten Materialien zur CPO, 1880, S. 475.

(9) Schlüter, a. a. O., S. 462 f.; Mädrich, a. a. O., S. 60 f.

- (10) 兼子一「満足の仮処分と本案訴訟」(昭三七) 民事法研究三卷六〇頁以下。
- (11) 兼子・前掲論文六四頁は、満足の仮処分は紛争の解決そのものを仮りに図ってしまう、とされる。なお、吉川大二郎「満足の仮処分の性質」(昭四〇) 増補仮処分の諸問題三三九頁参照。
- (12) ドイツの通説は、満足の仮処分の執行によつては仮の満足しか実現されず、そのため、その仮の履行状態は本案訴訟において顧慮されなく、*Helwig* (Helwig, System des deutschen Zivilprozessrechts, Teil 2, 1912, S. 454 N. 5; Schuler, Die auf Leistung lautende einstweilige Verfügung, NJW 1959, 1803; Stein-Jonas-Grumsky, ZPO, 19. Aufl. 1971, vor § 935 IV 1; Ermann-Westermann, BGB, Bd. I, 6. Aufl. 1975, § 362 Anm. 12; Palandt-Heinrichs, BGB, 36. Aufl. 1977, § 362 Anm. 2; Baumbach-Lauterbach-Hartmann, ZPO, 37. Aufl. 1979, § 940 3) B; A. Blomeyer, Vorläufig vollstreckbares Urteil: Wird der Klagenspruch durch die Vollstreckung oder ihre Abwendung erfüllt?, JR 1979, 491)。したがって、仮の履行状態不顧慮という限度では、ドイツの通説は請求維持説であるが、その後生じた被保全権利の消滅事由たる新事態に関しては、前述のように例外的本案訴訟不要説であり、この意味において一種の折衷説といふべきかもしれない(もともと、仮の履行状態について、その後生じた新事態についての双方に言及している論者としては、シュタイン・ヨナス・グルンスキーとバウムバッハ・ラオターバッハ・ハルトマンの両註釈書のみを見出しえたにすぎないので、ドイツの通説は前者について請求維持説、後者について例外的本案訴訟不要説といふ切ってしまうのは必ずしも正確でないかもしれないが、おおよその傾向は把握しうるであろう)。
- (13) 吉川大二郎「申請人の満足を目的とする仮処分」(昭二三) 増補保全訴訟の基本問題二二三頁以下(ただし、吉川博士は、後に折衷説中の仮の履行状態不顧慮並びに新事態顧慮説に改説された)。なお、最判昭和三五年二月四日民集一四卷一号五六頁は、この説をとるものと理解されていた(吉川大二郎「判例批評」(昭三五) 増補仮処分の諸問題三四五頁以下、兼子・前掲論文六四頁、原井竜一郎「判例研究」法律時報三四卷四号(昭三七) 八八頁、山本戸・前掲論文八三五頁以下、山内敏彦「現状回復不能を招来する仮処分」判例タイムズ一九七号(昭四一) 五三頁、中川隆司・実務法律大系仮差押・仮処分(昭四七) 二七四頁、鈴木忠一外編・注解強制執行法(4)(昭五三) 五六三頁(小笠原昭夫) 参照。東京地判昭和四四年七月二十九日判タニ三八号一五七頁もこの説をとる。
- (14) 山本戸・前掲論文八四一頁以下、中川・前掲書二七四頁以下。

(15) 山内・前掲論文五三頁。なお、被保全権利の消滅事由が発生した場合について、ドイツの通説は、前述のように本案訴訟不要説であるが、少数説として、消滅事由発生前の過去の時点における被保全権利存否の確認を求めるべきであるとする説がある (Lemberg, Rechtskräftiges Feststellungs Urteil in der Hauptsache und einstweilige Verfügung, ZZP Bd. 56 (1931), S. 375; Koebel, Der presserechtliche Anspruch auf Gegendarstellung, NJW 1963, 792f.; Pastor, Der Wettbewerbprozess, 2. Aufl. 1973, S. 320. したがってこの説が「通説と同様に」仮の履行状態不顧慮を前提としているのであれば(論者自身は「この点に触れていない」)ここに数えあげることができる。なお、「ドイツ」には、このほかにも少数説があるが、いずれも訴訟完結の宣言というドイツ法固有の問題点に係わるもので、ここではとりあげない。これらの説とそれに対する批判については、vgl. Mädrich, a. a. O., S. 59, 62f.

(16) 折衷説の第一説をこのように呼ぶのは、石川教授の命名に倣ったものである(石川・前掲論文(下)判例時報九五六号(昭五五)六頁参照)。

(17) 吉川・前掲論文増補仮処分の諸問題三三七頁以下、原井・前掲判例研究八七頁以下、鈴木(忠)外編・前掲書(4)五六三頁(小笠原)、栗田隆「判例評釈」判例評論二三八号(判例時報九〇三三)(昭五三)三二頁。このほか、沢田直也・執行競合考(昭四〇)一三七頁以下も同旨であろう。なお、山木戸・前掲論文八三七頁以下、八五一頁以下は、吉川博士のこの所説を例外的本案訴訟不要説に位置づけられておられるが疑問ではなからうか。確かに、吉川博士が、仮処分の当否を判決理由中で判断するにすぎない訴まで本案訴訟とするのは妥当ではないと考えられ、前注(4)掲記の菊井教授の所説と同趣旨の見解を表明された際には(吉川大二郎「労働争議と仮処分」(昭三三)増補仮処分の諸問題二四九頁)、例外的本案訴訟不要説にたっておられた。しかし、本注冒頭掲記の論文では、本文に指摘した如く、仮処分執行後に被保全権利の消滅事由たる新事態が発生した場合、本案訴訟が未提起であれば、損害賠償義務不存在確認等の本案訴訟を提起すべきであると考えられるのであるから、ここでは、仮処分の当否を前提問題として判断するにすぎない訴をも本案訴訟と解されているのは明らかである。そして、損害賠償の可能性なら如何なる場合でも存在するのであるから、結局、本案訴訟を常に必要とされている、つまり、例外的本案訴訟不要説にたたるものではない、と解されよう。

(18) 松浦馨「判例評釈」判例評論二五三三(判例時報九五五一)(昭五五)三〇頁。ただし、松浦教授は、本案訴訟提起前に満足の仮処分が執行された、あるいは目的物滅失等の新事態が発生した場合の取扱については態度を留保されている(前掲判例評釈三二頁)。なお、松浦教授は、前注(17)掲記の折衷説の論者は、新事態発生後の本案訴訟において



は、新事態発生前には被保全権利が存在した旨の確認を求めてもよい、としていると理解されているが(前掲判例評釈二九頁)、少なくとも明示的には、折衷説の論者自身はそのようなことはいっていない(もともと、たとえば損害賠償義務の不存在確認に訴を變更すべきである、としているから、右のことを排斥する趣旨ではないのかもしれない)。したがって、折衷説の結論に賛成される松浦教授自身も、右のような確認訴訟を認めるのか明瞭でないが、ここでは一応、本文に述べた一般原則を強調されるので、これを認めないものと理解しておこう。

(19) たえば、建物明渡仮処分のように、仮処分が債権者に完全な履行状態を付与するものであり、その債権者の支配状態のもとに目的物が滅失した場合、この滅失は仮の履行状態とは別個の存在ではなく、したがって、本案訴訟の審理において顧慮されるべきではない、とするものとして、原井・前掲判例研究九〇頁。それに対し、右の滅失は仮の履行状態と別個の存在であり、本案訴訟の審理において顧慮すべきである、とするものとして、吉川・前掲論文増補仮処分の諸問題三三九頁以下（なお、松浦教授は、本文に述べたような理由により折衷説をとられるから、結論的には当然この説と同一になる（松浦・前掲判例評釈三〇頁））。ただし、吉川博士は、仮の履行状態及び新事態不顧慮説からこの説に改説される中間時において、目的物を滅失させることが仮処分の強度の必要性を基礎づける場合は、仮処分により形成される保全状態の範囲を保全の必要性と密接に結びつけてとらえ、目的物の滅失の事実はいかる保全状態の範囲内に属するとする見解も成立しうるかもしれない、との疑問を呈されていた（吉川・前掲判例批評増補仮処分の諸問題三四八頁）。本稿冒頭掲記の最判昭和五四年四月一七日民集三三卷三三三六頁は、吉川博士のこの見解に従ったもののように思われる。そして、前注（13）掲記の昭和三五年最判の事案は、土地所有者（国）がダムの堰堤湛水敷地として当該土地を水没させるため、土地占有者に対する建物取去土地明渡の断行仮処分によりその明渡を受けた後、同土地を水没させたというものであるため、昭和五四年最判にいう特別事情があったとみられる事案であった。それ故、昭和五四年最判は、仮処分執行後の被保全権利の消滅事由たる新事態のうち、本案訴訟の審理において顧慮されるべきでないものを限定した、そして昭和三五年最判の事案はその限定された範囲内に入っていた、と解されるので、両者は矛盾するものではないと考えられる（拙稿判例批評・民商法雑誌八一巻五号七二〇頁以下参照、もっとも、このような両判決の差異が、実質的な差異といえるか否かは、また別問題である。この点については、石川・前掲論文（上）五頁以下参照）。

(20) 石川・前掲論文(下)三頁以下。

## (二) 私 見

一 それでは、以上の諸説のうちいずれが最も適切かを検討するが、その検討の前に、まず問題を限定しておくこととしよう。すなわち、右の諸説は、仮処分執行後の目的物の滅失といったような非適及的な消滅事由により被保全権利が消滅した場合を主として念頭においていると思われるので、本稿でもまずこのような場合を前提にして議論を進めることとする。<sup>(21)</sup>

問題を右のように限定したうえで考察すると、ここでの問題は、本案訴訟における請求の趣旨をどのように構成するのが適切か、という問題に帰着する。そして、この問題の解答は、第一に、当事者間の衡平をはかるため、第二に、仮処分の当否を審査するという本案訴訟の機能からみて、請求の趣旨をどのように構成するのが適切か、という観点からなされるべきである。また、右の観点との関連で、口頭弁論終結時における権利または法律関係の存否の確定を目的とするという民事訴訟の一般原則をどこまで維持すべきかが問題となり、さらに、右の原則との関連で、仮処分執行により形成された仮の履行状態の性質も問題となる。

二 ところで、仮処分債権者は、仮処分訴訟において被保全権利の存在を疎明しているにすぎず（それさえない場合もある。民訴法七四一条二項、七五六条参照）、証明はしていない。<sup>(22)(23)</sup>そこで、本案訴訟においては、仮処分債権者に被保全権利の存在を証明する責任を負担させるのが衡平上妥当である。<sup>(24)</sup>そして、被保全権利の主張そのままを本案訴訟における訴訟物としそれに対応して請求の趣旨を構成すれば、被保全権利の存在の証明責任は、その権利の存在を主張する者つまり仮処分債権者に課せられる。他方、被保全権利の不存在を理由とする不当利得返還義務や損害賠償義務の不存在確認訴訟では、それらの義務の存在を主張する者つまり仮処分債務者に、被保全権利の不存在の証明責任が課せられる。すなわち、両者で、被保全権利の存否に関する証明責任の所在は逆になる。<sup>(25)</sup>した

が、被保全権利存在の証明責任を仮処分債務者に負担させることになる不当利得返還義務や損害賠償義務の存在確認訴訟を本案訴訟と構成するのは適切ではなく、被保全権利の主張そのまゝを訴訟物とする訴訟を本案訴訟と構成すべきである。つまり、前者のような訴訟を全面的あるいは部分的に本案訴訟とする請求変更説は適切ではなく、請求維持説が適切と考えられる。さらに、仮処分の当否を審査するという本案訴訟の機能からみて、損害賠償義務の不存在確認訴訟を本案訴訟とすることは、ここでは、損害額の立証がないという理由により被保全権利の存否(したがって仮処分の当否)の判断をされないまま被告が敗訴することがありうることに鑑みて、適切ではない。<sup>(26)</sup> もっとも、この点に関しては、被告はかような請求により攻撃をかけられた場合、被保全権利の不存在並びに損害額の双方について防禦すべき責任があると考えられる以上、右の指摘をもって折衷説を排斥する理由とはなしえない、との見解も存在する。<sup>(27)</sup> しかし、筆者のように、仮処分命令を基礎づけるには原則として未決処分という理由づけ形態によるべきであり、仮処分訴訟における被保全権利の存否に関する厳格な審理は禁止されているという立場にたつと、<sup>(28)</sup> 右のような事態が発生することにより、本案訴訟における被保全権利の存否の解明(とくに、それに関する法律問題の厳格な審理)の機会が減少することは、やはり不都合と感ぜられる。<sup>(29)</sup> そしてまた、現実的な原状回復が不能となつてしまった場合、例外的本案訴訟不要説によつても、その訴訟を全くの別訴とするか本案訴訟とするかの相違があるのみで、仮処分を不当とする仮処分債務者の救済手段としては損害賠償請求訴訟を直接提起することしかありえず、ここでは、被保全権利不存在の証明責任がその者に課せられることに変わりはないから、<sup>(30)</sup> 原則的には、この説も適切ではない。

三 右に述べたところにより、当事者間の衡平、本案訴訟の機能という観点からみて、請求維持説が適切であることが明らかとなった。だが、先に指摘したように、請求維持説の内部にも三つの説が対立している。そこで、そのうちのいずれが最も適切かが、次に検討されるべきである。ところで、仮処分命令は、それがたとえ被保全権利

の実現と事実上同一の状態の形成を命ずるものであっても、被保全権利とは別個の新たな訴訟法上の法律状態（保全状態）を形成する形成裁判である。<sup>(31)</sup>そこで、仮処分執行によつては、被保全権利自体ではなく、これとは別個の訴訟法上の法律状態の平面の義務が履行されたにすぎない。このことが、仮処分執行によつては被保全権利は消滅しないという説の根拠とされていると思われる。<sup>(32)</sup>しかし、被保全権利たる実体法上の義務と訴訟法上形成された義務とが別個の存在であるとしても、後者の義務の履行によつては前者の義務は消滅しないという結論は、直ちには導き出されない。たとえば、手形上の債務と原因関係上の債務は別個の存在とされているにもかかわらず、振出人・受取人間では、前者が履行されれば後者も消滅する。そこで、履行されたのがあくまでも訴訟法上形成された義務であるとしても、それだけでは、実体法上の義務が消滅しないという理由としては不十分である。

ちなみに、仮の履行状態及び新事態顧慮説をとられる山木戸教授は、被保全権利は仮定的ではあるが既に満足を受けて消滅しているといわれる。<sup>(33)</sup>すなわち、この説は、被保全権利の存在を前提とし、仮処分執行によりそれが仮定的に実現されて消滅し、その後の何らかの事態の発生によりその仮定的実現が確定的なものとなる、とするものである。だが、実体法上の義務は存在するかしないかのいずれかであり、存在しなければその消滅などというものは最初から問題になりえない。また、それが存在する場合、その有効な履行がなされればその義務は消滅し、そうでなければ消滅しないかのいずれかである。そうすると、右の説が、仮定的に消滅するというのは、被保全権利が存在する場合、それは仮処分執行により一応消滅し、その後の何らかの条件の成就により復活することがありうる、という趣旨である<sup>(34)</sup>とみななければならぬ。そこで、右の条件が何であるかが問題となる。山木戸教授はこの点を明瞭には述べられていないが、それを本案訴訟における勝敗とみられているようにも思われる。<sup>(35)</sup>しかし、そうであるならば、それは誤りであるといわなければならぬ。なぜなら、本案訴訟において本案判決が下され、仮処分債権者が敗訴した場合、それにより被保全権利の不存在が確定されるのであるから、その不存在の被保全権利が復

活するなどということはありえないからである。次に、右の条件として考えられるものに、仮処分命令の取消というものがあろう。つまり、たとえば、目的物の給付を命ずる仮処分の場合、その仮処分命令の取消により、仮処分債権者に被保全権利が復活し、仮処分債務者に給付物の返還請求権が発生することがある、と考えるのである。<sup>(36)</sup>しかし、この場合は、仮処分命令が取消されるとなぜ給付物の返還が命ぜられるのかを問わなければならない。つまり、この返還請求権は不当利得返還請求権であると考えられるが、その前提となる欠けている法律上の原因とは何であるかが問題である。右の説は、これを仮処分命令の存在そのものと考えるのであるが、<sup>(38)</sup>この見解は妥当ではない。蓋し、そのように解すると、それが取消されない段階で給付物の返還が通常訴訟たる別訴で求められた場合、仮処分命令は通常訴訟に既判力を及ぼさないから、法律上の原因があるにもかかわらず、返還請求が認められてしまうという可能性があるからである。<sup>(39)</sup>そこで、右の説では、法律上の原因とは、被保全権利の存在そのものということになる。<sup>(40)</sup>そうすると、給付物の返還が命ぜられるのは被保全権利が不存在の場合に限られるのであるから、被保全権利復活の可能性などありえないことになる。結局、以上の考察から判明するように、被保全権利は仮処分執行により確定的に消滅するかしないかのいずれかであり、仮定的消滅などというのは、たんなる比喩以上の意味をもちえない。要するにこの説は、被保全権利の存否に関する主観的な認識の不確実性と、その存否そのものという客観的な存在の問題を混同しているといわざるをえない。<sup>(41)</sup>

四 それでは、被保全権利は仮処分執行により確定的に消滅するかしないかのいずれかであるとして、そのいずれと考えるべきであろうか。実体法上、給付が有効な履行としての効力すなわち債務消滅の効力をもつためには、債務の本旨に従った履行がなされなければならない。そして、そのような履行があったというためには、給付物の返還を債務者が求めてきた場合に、返還請求権の存在すなわち債務の不存在を債務者が証明しなければならない場合でなければならない。つまり、債権者の負担する給付物の受領権限すなわち債務の存在の証明責任という余計な

負担を、給付後もその者に負担させたままにするという留保付で履行がなされた場合は、債務の本旨にそつた履行があつたとはいえない。<sup>(42)</sup>そして、そのような留保が付されているか否かは、債務者の意思表示をも一要素として諸般の客觀的事情により決すべきであると思われる。<sup>(43)</sup>そうすると、仮処分執行が實際になされた場合はもちろんのこと、仮処分債務者がそれを免れる目的で（すなわち、被保全権利の存在を否認しつつ）給付をなした場合にも、そこには、給付後に被保全権利存在の証明責任を仮処分債権者をして免れさせるという趣旨は含まれていない、すなわち、先に述べた留保は当然付されていると解されるから、被保全権利たる債権つまり債務は消滅していないと考えられる。<sup>(44)</sup>そして、このことは、物権法上の義務のような債務以外の義務についても異ならないと思われる。<sup>(45)</sup>それ故、被保全権利は仮処分執行によつては消滅しないと解される以上、この段階では、仮の履行状態及び新事態願慮説のいうように既判力の基準時を繰り上げる必要はなく、すなわち、この説は適切ではなく、事実審口頭弁論終結時を基準時として被保全権利の存否を判断すべきである。

五 以上述べたように、仮処分執行により仮の履行状態が形成されただけでは、実体法上被保全権利は消滅しないと解されるが、その後、仮処分執行とは別個の被保全権利の消滅事由たる新事態が発生した場合は別である。たとえば、目的物の引渡を求める請求権は、仮処分執行の有無にかかわらず、当該目的物が滅失してしまえば、実体法上消滅したといわざるをえない。<sup>(46)</sup>そしてそのことは、その滅失が如何なる事情のもとに発生したかによつて左右されない。<sup>(46)</sup>つまり、その目的物の引渡を受けてそれを滅失させることが仮処分の必要性を基礎づけており、そのために目的物が滅失させられた場合であらうと、あるいは仮処分の必要性とは全く別個の事由、たとえば火災による類焼などにより目的物が滅失した場合であらうと、ともかく目的物が滅失してしまえば、その目的物に関する引渡請求権は実体法上消滅したといわざるをえない。<sup>(47)</sup>それ故、新事態発生後の口頭弁論終結時を基準時とする限り、被保全権利の主張そのままを訴訟物としてみても本案訴訟における仮処分債権者の敗訴は免れないから、訴訟物の

構成を右のようにする以上、基準時は新事態惹起直前の時点に遡るとせざるをえない。したがって、仮の履行状態及び新事態不顧慮説は適切ではなく、仮の履行状態不顧慮及び新事態顧慮説が適切であると考えられる。結局、仮処分執行後の被保全権利の消滅事由たる新事態は、本案訴訟の審理に対し、その訴訟物が、現在の権利関係の主張ではなく、新事態惹起直前の時点のそれと構成されるべきであるという意味において影響を及ぼす。そして、過去の権利関係の確定を目的とする訴も、それが現在の紛争解決の方法として適切ならば許されてよい。<sup>(48)</sup> なおまた、本案訴訟不提起による仮処分命令取消の際、民訴法一九八条二項の準用により原状回復または給付物の返還が命ぜられうるか争いがあるが、たとえこれを肯定したとしても損害賠償までは命ぜられないので、現実的な原状回復が不能となっている場合は、仮処分債権者は仮処分命令の取消により何の不利益も被らないため、本案訴訟を提起しないことが考えられるが、その場合は、仮処分債務者が、本案訴訟に代わるものとして、被保全権利の不存在確認訴訟を提起しうるものとすべきであろう。<sup>(51)</sup>

次に、新事態が発生した場合は、本案訴訟の訴訟物はその新事態惹起直前の過去の権利関係の主張として構成されるべきであるとすると、この場合、にもかかわらず訴訟物が現在の権利関係の主張として構成されている場合にはどうすべきかが問題となりえよう。つまり、過去の権利関係の存否を確定するものとして本案判決を下すためには、厳格に解すれば訴の変更の手続が必要ということになるが、常にこのように厳格に解する必要があるかが疑問となるのである。ところで、将来の給付の訴が提起され、訴訟中に履行期が到来したり条件が成就した場合、訴の変更の手続を経ずに現在の給付判決をなすことができるかという点、相手方の立場からみても、原告の主張内容から、右のような状況のもとでは現在の給付判決を求める趣旨と解される場合には、そのような判決を下すことができるという見解があることが注目される。<sup>(52)</sup> そうであるとなると、現在の権利関係の存在を主張して訴が提起され、その訴訟の提起前あるいは係属中に被保全権利の消滅事由たる新事態が発生した場合は、原告がその消滅後に

おける被保全権利の存在を主張するものでないことは、当該訴訟が仮処分の本案訴訟であることが明らかである限り当然であるから、その新事態惹起直前という過去の時点における権利関係の存否を確定するものとして判決を下す余地があると考えられる。そして、その被保全権利の消滅事由たる新事態の発生が訴訟において明らかとなるまでに、被保全権利の存否に関する審理が相当程度進んでいた場合には、そのような判決を下すべきであろう<sup>(54)</sup>。また、そうでない場合には、裁判所は訴の変更を示唆すべきであり、原告がそれに応じない以上請求棄却判決を下してよいであろう<sup>(56)</sup>。それに対し、訴提起前に被保全権利の消滅事由たる新事態が発生しており、そのことが訴状に記載されている場合には、請求の趣旨を解釈することにより、当然過去の権利関係の存在が主張されていると解することができであろう。なお、訴の変更がなされた場合は単純に請求認容または棄却判決がなされればよいが、そうでない場合で過去の権利関係の存否に関する判断を示すべき場合において、請求認容判決をするときは、判決主文には、過去の権利関係の存在を表示しても、現在のそれを表示して新事態発生の事実を付記してもよいであろう。ただし、後者の場合において、請求棄却判決をするときには、請求棄却として新事態発生の事実を付記すべきであろう<sup>(57)</sup>。

六 本節冒頭に指摘したように、右のような取扱は、被保全権利が非遡及的に消滅した場合を念頭においている。そこで次に、被保全権利が遡及的に消滅した場合を検討する。そして、結論から先にいえば、いままで述べてきたような取扱は、被保全権利が非遡及的に消滅した場合に限って適用されるべきものと考ええる。

まず、被保全権利が仮処分執行後遡及的に消滅するという事例としては、第二節二に掲げた「四」ないし「六」のようなものがある。ここでは、実際には仮処分申請は却下されたのであるが、もしそれが認容されていたならば、被保全権利の遡及的消滅の事実とは本案訴訟の審理に如何なる影響を及ぼすであろうか。

順序は逆になるが、まず、「六」の事例をとりあげる<sup>(58)</sup>。ここで留意すべきは、追認による被保全権利の遡及的消滅



滅により、仮処分は追認前から正当であった、ということになる点である。それ故、追認のなされる直前の時点で考えて、その当時としては被保全権利が存在したということを確定してみても、それは無意味であろう。蓋し、追認後の本案訴訟の口頭弁論終結時からみれば、追認前においても被保全権利は存在しなかったと考えるべきことになるから、被保全権利の遡及的消滅事由の発生が確定されることによって既に、仮処分債権者が不当利得返還義務あるいは損害賠償義務を負担することが明らかとなってしまうからである。そこで、この場合は、被保全権利の非遡及的消滅事由たる新事態が発生した場合と異なり、本案訴訟においては、被保全権利の存在の主張そのまゝを訴訟物とし、その訴訟の口頭弁論終結時を基準時として訴訟物たる権利関係の存否に関する審理判断がなされるべきである。したがって、「六」の事例においては、本案訴訟において追認の適否（すなわち、そもそも財産引受を追認しうるか否か、当該事案において有効な追認が存在するか否か）が審理判断されるべきであり、それが肯定されれば仮処分は追認前から不当であったということになるから、既判力の基準時を追認直前の時点に繰り上げるまでもなく、請求棄却判決が下されてよい。

右のような取扱は、「六」の事例に限らず、原則として、被保全権利の遡及的消滅の場合全てに適用されうると解されるが、<sup>(59)(60)</sup>「四」「五」の事例には当てはまらない。すなわち、そこで仮処分申請が認容され、その後特許権ないし実用新案権が無効審判手続における審決の確定により遡及的に無効になったとしたならば、本案訴訟未提起であればそれは不要となり、既に係属中の本案訴訟では請求棄却判決が下されるべきであると考えられる。蓋し、被保全権利たる差止請求権の基礎たる特許権、実用新案権の遡及的無効が確定している以上、仮処分執行時においてその執行が違法であったことは、本案訴訟における判断を経るまでもなく確定しているからである。つまり、被保全権利の遡及的消滅事由が、その発生と同時にそれ以前における被保全権利の不存在を公権的に確定するものである場合は、本案訴訟は不要となる（既に提起されていれば請求棄却となる）。

七 本節四において述べたように、仮処分執行自体によっては被保全権利は消滅せず、したがって、本案訴訟の審理は何の影響も被らないとしても、そこにおいて給付判決を下してよいか否かは、別個に検討しておく必要がある。蓋し、とりわけ金銭その他の代替物の支払・引渡を目的とする請求権の場合、仮処分執行ないしそれを免れるための給付がなされているのにさらに給付判決を許すとすれば、その給付判決によりさらに執行がなされる危険があるからである。<sup>(61)</sup>そこで、この給付判決による執行に対する対抗手段が債務者に与えられていない限り、給付判決は許されず確認判決のみが許されるとすべきではないかという疑問が生ずるのである。<sup>(62)</sup>

ところで、目的物の完全な給付を命ずる仮処分命令がある場合、その執行前の段階において、給付判決をすることができるといふ、ここでの問題と類似の問題があった。そして、その問題を検討した際には、債務者側の対抗手段として、執行文付与に対する異議、請求異議の訴及び事情変更による取消のうちの少なくとも一つは認められるから、給付判決を下してもよいという結論を下した。<sup>(63)</sup>ここでの問題は、先の類似の問題のうちの一部分の問題、すなわち、先に仮処分執行がなされ、あるいはそれを免れるためにやむをえず給付がなされた後、確定判決または仮執行宣言付判決に基づき執行がなされようとする場合に、如何なる対抗手段が債務者に与えられるか、という問題と同様に考えることができる。したがって、ここでも、債務者には右の対抗手段のうちの少なくとも一つは与えられており、それ故、給付判決を下すことを認めてもよいと考えられるが、どのような理由によりその対抗手段が認められるかは前述のところに譲り、ここではその結論のみを示しておこう。

すなわち、仮処分執行がなされた後に下された確定判決または仮執行宣言付判決に基づいて執行がなされようとする場合には、執行文付与に対する異議が認められる。それに対し、最初の給付が仮処分執行を免れるためにやむをえずなされていた場合には、請求異議の訴が認められる。

(21) もっとも、本稿執筆の機縁となった昭和五四年最判の判旨は、「……満足的仮処分の執行後に被保全権利の目的物の

滅失等被保全権利に關して生じた事實狀態の変動は、……」といっており、そこでの立場は事實狀態の変動がある場合にのみ適用になり、法律狀態の変動がある場合はまた別個に考えるべきである、としているように思えなくもない。しかし、目的物の滅失により、存在した被保全権利の消滅という法律狀態の変動が発生すること、事實狀態と法律狀態の区別の困難なことが少なくないこと（拙稿「保全訴訟と本案訴訟（二・完）」——被保全権利の審理を中心として——」民商法雜誌七九卷四号（昭五四）四九〇頁以下参照）、短期貸借解除の仮処分後の抵当目的物の買受による解除請求権の消滅とか（山木戸・前掲論文八四〇頁以下、栗田・前掲判例評釈三二頁参照）、地位保全仮処分後の予備的解雇（兼子・前掲論文六二頁、吉川・前掲論文増補仮処分の諸問題三四一頁注①参照）といった法律狀態の変動としか考えられない被保全権利の消滅事由が、一般に目的物の滅失と同様に取扱われていることに鑑みれば、事實狀態の変動と法律狀態の変動とで区別して論ずべきではなく、消滅事由たる新事態において正当であった仮処分が後にその惹起前においても不当となるか否かにより、つまり、当該消滅事由が被保全権利を遡及的に消滅させるか否かにより、区別すべきであろう。そこで、第二節二においてあげた事例のうち、「一」ないし「三」が、ここですら検討する類型に属する。

(22) 勿論、正確にいうと、被保全権利の存在それ自体を直接証明することはできず、証明の対象となるのはその要件事實の有無であるから、被保全権利の存在を仮処分債権者が証明すべきであるというのは、本案訴訟においては、仮処分執行あるいは新事態発生後も、その要件事實に關する証明責任の分配は変えられるべきではない、という趣旨である。なお、「追記」参照。

(23) 既に一応原告が証明責任を尽くしている仮執行の場合でさえ、その仮執行の本訴において訴求された権利の存在に關する証明責任の分配は変えられるべきではないとされていることから（vgl. Henckel, Prozeßrecht und materielles Recht, 1970, S. 287f.）、仮処分の場合には、右のことはより強くいいうる（ヘンケルは、被告は彼に敗訴を言渡す判決の存在する限り執行の結果を巻き戻しうべきではないから、損害賠償請求については証明責任の分配は変えられると述べているが（a. a. O., S. 287）、やうに進んで損害賠償の違法性について、本案判決を変更する判決の存在が法定証拠になるとするから（a. a. O., S. 265ff., 285）結局、証明責任の分配の変更は意味がないことになる。）。

(24) 厳密に言えば、被保全権利の主張そのままでなくともよい。蓋し、解雇無効確認を本案訴訟とする賃金仮処分のように、被保全権利は本案訴訟の確定に伴い当然生ずるような利益を内容とする場合もあるからである（拙稿「保全訴訟と本案訴訟（続）」——回避的仮処分と攻撃的仮処分——」成城法学五号（昭五四）四九頁以下参照）。なお、被保全

権利と本案訴訟の訴訟物は請求の基礎を同じくすればよいとすれば（小山昇「保争物に関する仮処分の利益」民商法雑誌五〇巻三号（昭三九）三九一頁以下参照）、被保全権利の主張そのままでなくともよい場合は、より頻繁に生じうる。

- (25) 法律要件分類説に従う限り、本文に述べたようにならざるをえない（石川教授は、法律要件分類説に従われつつも、不当利得返還義務や損害賠償義務の不存在確認訴訟において、被保全権利の存在の証明責任を仮処分債権者に負担させることが可能であるとされるが（石川・前掲論文（下）判例時報九五六号八頁）、かくては、法律要件分類説は実質的な変容を被ったことになるのではなからうか。もっとも、この説に対しては、近時有力な反対説があり、この反対説によれば、被保全権利の主張そのままを訴訟物とした場合のその権利を基礎づける要件事実についての証明責任の分配と、不当利得返還義務不存在確認訴訟における法律上の原因や損害賠償請求訴訟における違法性の有無すなわち被保全権利の有無に関する要件事実についての証明責任の分配とは同一になるかもしれない。しかし、この反対説の論者は、実体法の立法趣旨が、信義則という例外的に働く基準を別にすれば、証明責任分配の第一次的な基準となるとする（石田稔・証拠法の再構成（昭五五）一四九頁）。そこで、仮処分命令の形式的存在をそのままにして、その効果を実質的に否定するような不当利得の返還や損害賠償を容易に認めるのは実体法の立法趣旨に適わないと考えれば（前注（23）のヘンケルの所説参照）、右の二つの場合における被保全権利を基礎づける要件事実に関する証明責任の分配は異なってくる可能性がある。このように、法律要件分類説に対する反対説に従っても、結論がどうなるかは必ずしも明瞭ではないし、また、この反対説の当否如何という問題はここで簡単に結論を下すには余りに大きな問題であるので、さしあたり、通説たる法律要件分類説に従っておく。

- (26) 山木戸・前掲論文八四四頁。なおたとえ、不当利得返還義務や損害賠償義務不存在確認訴訟において、被保全権利存在の証明責任が仮処分債権者に課せられるとしても、本文に述べたこの難点が残る。また、山木戸教授は、給付を受けたものの返還や不当利得や損害賠償義務の不存在確認請求をしても、被保全権利が否定せられる場合の請求棄却判決によつては被告たる仮処分債務者は直ちに逆の執行はできないことをも、請求変更説を排斥される理由として指摘されている。このように、山木戸教授の指摘は直接には請求変更説に対してなされたものだが、同じことは、折衷説により新事態を顧慮しなければならないとされる場合にも当てはまる。その他、請求変更説の難点として、原井・前掲判例研究八九頁参照。

- (27) 石川・前掲論文（下）判例時報九五六号六頁。

- (28) 前掲拙稿・民商法雑誌七九卷四号四九九頁以下。
- (29) また、第二節二において指摘した「三」の事例を考えてみると、請求変更説、折衷説の妥当でないことが、より明瞭となる。すなわち、この場合、仮処分はそれ自体としては正当であるが、そのことの故に、仮処分債権者たる占有者が、仮処分債権者たる本権者に対する損害賠償義務を免れるべきいわれはない(好美清光「判例評釈」判例評論一〇二号(判例時報四八〇号)(昭四二)二三頁以下)。つまり、ここでは、仮処分が正当であるか否かの問題と、右の損害賠償義務の有無の問題とは別個の問題であるから、後者の有無を確定してみても、前者の問題は解決されない。そして、仮処分債権者が本権を有することが確定判決により確定されている以上、損害賠償義務の存在も確定されているのであるから(もっとも、その額が具体的に幾らかの問題は残るが)、その不存在確認訴訟を本案訴訟とすることなどは、無意味以外の何ものでもない。
- (30) 例外については、後注(44)参照。
- (31) 吉川大二郎「仮処分によって命ぜられた処分の法律的性質」(昭三二)増補仮処分の諸問題一頁以下。これに対し、この仮処分は確認的性質を有するものとして、沢栄三「仮の地位を定める暫定的確認処分」(昭三一)保全訴訟研究六〇頁以下、宮川種一郎「仮執行の宣言」総合判例研究叢書民事訴訟法③(昭三六)一八頁以下。
- (32) 吉川・前掲論文増補仮処分の諸問題三三八頁、Schuler, Die auf Leistung lautende einstweilige Verfügung, NJW 1959, 1803.
- (33) 山本戸・前掲論文八四四頁。
- (34) なお、本案訴訟における仮処分債権者勝訴判決の確定、あるいは目的物の滅失等の被保全権利の消滅事由たる新事態の発生により、その時点で被保全権利は確定的に消滅するから、爾後の復活ということはない。
- (35) 山本戸・前掲論文八四三頁は、「満足の仮処分があった場合の本案訴訟においては、仮処分による満足を是認することの可否を判断すればよいのであるから、……」と述べられ、本案訴訟において仮処分による満足が是認されなかった場合には、仮定的な消滅の効果が失われるという趣旨であるように読めなくもない。
- (36) 本案訴訟不提起、事情変更もしくは特別事情による仮処分命令取消、あるいは異議もしくは控訴による仮処分命令取消の際に、論者は、民訴法一九八条二項を類推し、仮処分債権者に給付を受けたものの返還を命ずることができる(山本戸・前掲論文八四六頁、なお、後注(40)掲記文献参照)。そこで、この取消により、被保全権利が復活す

る、と考えるのである。

(37)(38) 二点とも、類推されるべき民訴法一九八条二項の方でそのように解されているから(鈴木正裕「判決の法律要件の効力」実体法と手続法の交錯下(昭五三)一八〇頁参照)、そのようなことになる。

(39) 仮執行の方については、その宣言を付された判決をそのままにして給付物の返還、損害賠償を求めることはできないとされているが(鈴木(正)・前掲論文一七五頁、一八〇頁参照)、仮処分の方については、仮処分命令をそのままにしてそうしえなうとはされていない(吉川大二郎「保全処分に関する損害賠償責任に関する諸問題」(昭一〇)保全処分の研究四五二頁、Stein-Jonas-Grunsky, ZPO, 19. Aufl. 1971, § 945 III 1 a; Mädrich, a. a. O., S. 141 N. 413. これらは、直接には損害賠償にのみ関するものだが、給付物の返還についても同様であろう)。

(40) 青山正明「断行仮処分と原状回復」仮差押・仮処分の基礎(昭五二)二七五頁は、「……仮処分命令取消の判決で原状回復を命ずることを認めるとすれば、……原状回復請求権の存否を確定するための本案訴訟が必要となるが、……(傍点筆者)」と述べられる。なお、仮執行についてであるが、ベヒアーは、仮執行宣言を付された本案判決の変更があった場合、さらに、損害賠償請求権の存否を判断する裁判所は、その存否につき実体的な審理を行うべきであるとす( Pecher, Die Schadensersatzansprüche aus ungerechtfertigter Vollstreckung, 1967, S. 206)°。

(41) Vgl. Pecher, a. a. O., S. 175.

(42) R. Schmidt bei Soergel-Siebert, BGB, 10. Aufl. 1967, § 362 Anm. 12; A. Blomeyer, Allgemeines Schuldrecht, 4. Aufl. 1969, S. 230f.; Palandt-Heinrichs, BGB, 36. Aufl. 1977, § 362 2).

(43) 給付がある債権につきなされたか否かを決定する標準につき、本文のように説かれるが(我妻栄・新訂債権総論(民法講義IV)(昭三九)二二五頁)「留保の有無の判断についても同様に考えてよいであろう」。

(44) R. Schmidt, a. a. O.; Palandt-Heinrichs, a. a. O. なおここで、ドイツの通説が例外的本案訴訟不要説をとる際に理由としてあげる沿革について触れておこう。すなわち、その沿革というのは、立法者は、仮差押の際に債務の履行がなされた場合には起訴命令の申立は許されない、と考えていたというものであった。確かに、仮差押の場合には、本文に述べた留保付で債務の履行がなされることは稀であろう。そこで、この稀な場合を除き、債権者に、その者が被保全権利の証明責任を負担する訴の提起を強いるのは適切でない。しかし、ここで問題としている場合には、右の留保が付されていることの方が通常である。そこで、右の留保が仮処分執行もしくはそれを免れるための給付の際に付されて

いない場合、あるいは右の執行もしくは給付の後に債権者がこの留保を取消す旨を表明した場合という例外的場合にのみ、本案訴訟が未提起であればそれは不要となる、そうでなければ、係属中の本案訴訟における被保全権利不存在の証明責任が仮処分債権者に課せられることになる、と解すべきであろう。

(45) 形成訴訟の場合は、債務者の履行行為は考えられない。しかし、形成訴訟を本案とし、形成の効果の全てを仮に実現してしまふ仮処分によっても、形成されるのは訴訟法上の法律状態であり、実体法上の形成の効果は発生していないと考えられる(なお、栗田・前掲判例評釈三一頁は、通常訴訟による解除の効果と仮処分によるそれとを別異に解されている)。なお、特定物の引渡請求の場合は、仮処分執行により仮処分債権者の目的物に対する占有が失われるから、それにより実体法上被保全権利は消滅するのではないかとの疑問がありえよう(原井・前掲判例研究八八頁参照)。しかし、仮処分命令取消の際に民法一九八条三項を類推するとすれば、仮処分執行の結果は、仮処分命令取消により原状に復することができるから、占有は実体法上終局的には仮処分債権者から失われていない、と考えることも可能であろう(東京地判昭和三九年八月七日判時三九〇号四〇頁参照)。また、そうでないとしても、占有の正権原に基づく引渡仮処分の場合、仮処分執行後にその正権原が仮処分債権者に移転し、仮処分を維持すべきでないことになることがありうる以上、執行前の正権原の有無ではなく移転直前のそれを確定するために、仮処分執行の事実は無視すべきであろう。そして、そうであるとすると、仮処分執行後に占有の正権原が仮処分債権者に移転した場合は、それにより被保全権利は消滅するから、これを本案訴訟において顧慮すべきである。この場合、原状回復の不能はきたされていないが、原状回復区別説のいうようにこれを顧慮しないとすると(もっとも、この説はここで問題とするような場合まで念頭においていないようだが)、その後さらに仮処分債権者に右占有の正権原が移転した場合(このような事例を想定するのは、やや觀念の遊戲にすぎる嫌いはあるが)、当初の引渡請求権のための仮処分が、その後を生じた引渡請求権のために流用されるという不都合な結果を生ずる。

(46) 一定日時にかかる作為不作為の仮処分の場合、本案判決時までにその日時が経過したことが、仮処分執行以外の事由による被保全権利の消滅事由に当たるか否かが争われている(当たるとするものとして、原井・前掲判例研究九〇頁、吉川・前掲論文増補仮処分の諸問題三四頁、山木戸・前掲論文八四四頁。当たらないとするものとして、沢田直也・執行競合考(昭四〇)一四三頁)。思うに、沢田氏のいわれるように、右の時間の経過は、「正に仮処分によって食いとめんとする本案訴訟遅延による訴提起時と判決時のずれそのもの」ではあるが、他方、それにより現実的な原状回復が

不能となる以上、被保全権利の消滅事由にも当たる。なお、石川教授は、本文と同文の拙稿「判例批評」民商法雑誌八  
一卷五号（昭五五）七二七頁の箇所を引用されたうえ、そうであるならば仮処分履行状態として目的物が滅失した場  
合にも被保全権利が実体的に消滅すると解さなければならず、仮処分の履行状態が本案審理において顧慮されること  
なるう、と私見を批判される（石川・前掲論文（下）判例時報九五六号九頁）。しかし、本注前段（すなわち、前掲拙  
稿判例批評七二九頁注（21））において述べたように、筆者は、常に仮処分執行自体によっては被保全権利は実体法上  
消滅しないとするものではなく、例外的にそのようなことがありうることを認めていたが、それは、その限度で、仮処  
分執行の結果自体が本案訴訟の審理において顧慮されることを認める趣旨であったのであり（勿論、その顧慮の仕方は  
石川教授とは異なるが）、これを全く認めていないかのような石川教授の私見の理解は誤解である（この誤解は、筆者  
の説明不足、舌足らずに起因するものようであり、そうであるならば、勿論、誤解を生ぜしめた責任は全て筆者にあ  
る）。

(47) 松浦・前掲判例評釈三〇頁。なお、松浦教授は、折衷説中の原井説の要件のあいまいさも指摘される（前掲判例評釈  
三一頁）。

(48) 山本戸・前掲論文八四四頁。

(49) これについては、青山（正）・前掲論文二七二頁以下参照。

(50) 菊井維大・民事訴訟法（二）（昭二五）三九五頁、兼子・前掲論文六〇頁。

(51) 山本戸・前掲論文八四二頁、八四五頁注三五。

(52) 将来の給付の訴を現在の給付の訴に変更することは訴の変更になるとされるから（菊井維大・村松俊夫・民事訴訟法  
II（昭三九）九七頁、斎藤秀夫編・注解民事訴訟法（4）（昭五三）一四五頁（斎藤））、現在の権利関係の主張を過去のそ  
れとするときも、同様となるう。

(53) 新堂幸司・民事訴訟法（昭四九）二二四頁。実務上も、訴訟係属中に、条件成就、期限到来があった場合、当然、現  
在の給付の訴に変更されたものとして扱っていることが多いといわれる（菊井・村松・前掲書II六〇頁以下参照）。

(54) 訴の変更を要するとすると、被保全権利の消滅事由たる新事態の発生が訴訟において明らかとなった時点で、新事態  
発生前における被保全権利不存在の蓋然性が相当程度見込まれる場合には、仮処分債権者は訴の変更をしないであろ  
う。他方、口頭弁論終結時における被保全権利の不存在を確定してみても、それは紛争解決のうえで何の意味も有しえ



ないから、それまでの審理を全く無駄にしてそのような判決を下さざるをえないとすることは、訴訟経済の面から好ましくない。そこで、仮処分債務者に反訴を要求することも考えられるが、より不都合であるのは訴の変更をしない仮処分債権者の態度なのであるから、仮処分債務者にそのような負担を課することも妥当ではあるまい。そして、以上との対比から、被保全権利存在の蓋然性が相当程度見込まれる場合にも、訴の変更を要求するまでもあるまいと思われる。

(55) 訴の変更を示唆する釈明の許否については問題があるが、被保全権利の消滅事由たる新事態の発生により、本案訴訟の判決の既判力の基準時が新事態発生直前の過去の時点に繰り上がるという構成は必ずしも一般的なものではないから、裁判所が右のような見解をとる場合は、それを当事者に示して、適切な措置をとるべきことを促すことが要請される。なお、訴の変更を示唆する釈明については、中野貞一郎「訴の変更と釈明義務」(昭四七) 過失の推認二九頁以下参照。

(56) 被保全権利の消滅事由たる新事態惹起前の時点でのその権利の存否に関する審理が余り進んでいないこの段階では、その審理の出直しを命じて、訴訟経済、当該訴訟での被保全権利不存在確認についての仮処分債務者の利益という面からの不都合は生じないであろう。

(57) 山本戸・前掲論文八四四頁参照。

(58) 第四節(一)において述べたように、これまでは、被保全権利の完全な満足を許す仮処分のみを念頭において考察してきたが、既に述べたように、そのような仮処分の場合も、仮処分執行の事実が本案訴訟の審理に何の影響も及ぼさないから(なお、後述、第五節参照)、必ずしもそのような仮処分でない〔六〕において問題となった仮処分を、ここでとりあげることが許されよう。

(59) 折衷説中の仮の履行状態不顧慮並びに新事態顧慮説の一種をとられる原井・前掲判例研究九〇頁は、仮処分後に被告より原告の権利を消滅させるような形成権の行使がなされた場合には、本案訴訟としては、形成権の効力発生時までの間の履行状態を正當づけるような内容の訴が必要である、とされる。しかし、金銭仮払仮処分執行後、相殺のようなその効力が遡及する形成権が行使された場合、相殺適状発生時が仮処分執行前の時点であれば、債権者は、仮処分執行により得た金銭にその執行時からの遅延利息を付して返却しなければならないのであるから、右のような訴は棄却を免れず、論者のいう内容をもつ訴としては意味をもたない(相殺適状発生時が、仮処分執行後であれば、その相殺適状発生時からの遅延利息を付せばよいのであるから、仮処分執行時と相殺適状発生時との間についての遅延利息債務の不存在

確認は意味をもつであらう。

(60) 第二節注(42)に掲げた被保全権利の時効による消滅の場合も、このように解すべきである。なお、溯及的消滅と非溯及的消滅の組合さった場合、たとえば、第二節二に掲げた「六」の事例において、追認後に当該土地が水没したというような場合には、非溯及的消滅事由たる新事態発生直前における被保全権利の存否を問題とすべきである。

(61) 第三節注(10)において指摘したように、仮処分命令と(仮執行宣言付)判決の双方が適法に執行するという状態で並存し、二重執行のおそれがあるということは、実際には稀であろう。それに対し、仮処分命令が執行され、あるいはそれを免れるために給付がなされた後に下された(仮執行宣言付)判決により同一請求権につき執行がなされるおそれが生ずることは、前述の場合に比べれば稀ではない。そのためであろうか、仮処分執行前においては給付訴訟が許されるとするH・エッサーも、仮処分執行後は給付訴訟は許されず確認訴訟のみが許されるとする(H. Esser, Die auf fortlaufende Geldzahlungen nach vorausgegangenem einstweiliger Verfügung, NJW 1960, 1893 f.)。なお、H・エッサーは、仮処分執行を免れるため給付がなされた後下された仮執行宣言付判決により執行がなされようとする場合、債務者は、前の給付自体を理由としてはその執行に対する対抗手段を有しないという。

(62) なお、債権者側に給付判決を得ることについての利益があることにつき、第三節注(8)(9)参照。

(63) 前述、第三節四以下。

## 五 満足の仮処分の意義

一次にここで、いわゆる満足の仮処分の意義について触れておこう。すなわち、満足の仮処分という概念が行規範としては無意味であることは、既に別稿において詳細に指摘しておいたとおりであるが、<sup>(1)</sup>ここでは、評価規範として如何なる意義を有するかを問題とする。つまり、ここでは、本案訴訟時において、仮処分命令が発令されたこと、あるいはその執行があったこと、さらにはその後目的物の滅失等被保全権利の消滅事由たる新事態が発生したことが、本案訴訟の審理に如何なる影響を及ぼすかが問題となっているのであるから、当該仮処分が満足の仮

処分であるか否かをその本案訴訟時に判断することになり、評価規範としての満足の仮処分という概念の効用を問うことができるのである。

まず、仮処分命令発令により本案訴訟の審理が如何なる影響を受けるかの問題については、被保全権利の目的物の全部または量の一部の仮処分債権者への完全な給付を命ずる仮処分が問題となった。そして、検討の結果、そのような意味における満足の仮処分についても、何らの特別扱いを必要としないことが明らかとなった。<sup>(2)</sup>

次に、仮処分命令の執行により、本案訴訟の審理が如何なる影響を被るかの問題については、被保全権利の完全な満足を与える仮処分のみが問題となった。そして、本稿執筆の機縁となった昭和五四年最判や筆者の立場によれば、右のような意味における満足の仮処分であっても、その執行によっては被保全権利は消滅せず、本案訴訟の審理は何らの影響をも被らないことが判明した。<sup>(3)</sup> 他方、仮処分執行により本案訴訟の審理が影響を被らないのは、右以外の仮処分では当然のことである。それ故、それがここで問題としている意味における満足の仮処分であるか否かを問わず、およそ仮処分執行によつては本案訴訟の審理は何らの影響をも被らないのであるから、この局面でも、満足の仮処分についての特別扱いが必要でないことになる（これが、昭和五四年最判の判決理由が、いわゆる満足の仮処分といつて、「いわゆる」という修飾語を付した所以であろう）。

第三に、仮処分執行後の事実状態の変動による被保全権利の消滅についていえば、昭和五四年最判の立場からは、その変動を生じさせることが仮処分執行の一部をなすとみられるなどの特別事情ある場合を除き、<sup>(4)</sup> 本案訴訟の審理においてそれは顧慮されることになるから、それが本案訴訟の審理に影響を及ぼすか否かについては、右にいう特別事情の有無が決定的なものであって、当該仮処分が何らかの意味における満足の仮処分であるか否かは意味をもたないと考えられる（判決理由も、ここでの関連では、「仮処分執行後に生じた被保全権利の目的物の滅失等被保全権利の事実状態の変動については、……」と述べ、「満足の」なる修飾語を仮処分からはずしている<sup>(5)</sup>）。他

方、筆者の立場から事実状態の変動に限らずより広く捉え、およそ全ての種類の非適及的な被保全権利の消滅事由たる新事態が発生した場合を考えてみても、その発生後の本案訴訟において新事態惹起直前の時点における被保全権利存在の証明責任を仮処分債権者に負担させるのが妥当なこと、損害賠償義務不存在確認訴訟を本案訴訟としたのでは、損害額の立証がないという理由で被告が敗訴し、結局仮処分<sup>(7)</sup>の当否が判断されないまま本案訴訟が終結してしまうことがあり妥当でないこと、以上のことは全ての仮処分について当てはまることである。それ故、筆者の立場によっても、仮処分執行後の被保全権利の消滅事由たる新事態が本案訴訟の審理に対し如何なる影響を及ぼすかの問題につき、満足の仮処分の意味をどのように捉えようとも、それに関し特別扱いをする必要はないこととなる<sup>(8)</sup>。そして、このことは、この第三の問題が、第二の問題とは異なり、全ての仮処分について生じうることから首肯しうる。

そこで結局、以上の総括から判明することは、右の三つの問題については全ての仮処分が同様の取扱を受けるということである。

二　ところで、請求維持説中の仮の履行状態及び新事態顧慮説をとられる山本戸教授は、満足の仮処分の本案請求に対する効果の点で満足の仮処分を問題にする場合には、被保全権利の完全な満足を得させる仮処分のみが考察の対象になる、とされる<sup>(9)</sup>。確かに、それ以外の仮処分については、仮処分執行により被保全権利が消滅するか否かなどという疑問は生じえないから、考察の対象としては、右のような仮処分のみをとりあげれば足りようし<sup>(10)</sup>、現に本稿においてもそのようにしてきた<sup>(9)</sup>。しかし、考察の結果、右に述べたように、そのような仮処分についても、何らの特別扱いを要しないことが判明したのであるから、そのような意味において用いた満足の仮処分なる概念の意義も、分析の道具としてのそれに限られることになる。そして、分析の道具としてならば、前述の三つの問題のうち最初の問題については、右の意味における満足の仮処分のうちのさらに一部を問題にするものであった。さらに

また、第三の問題については、とりあえず、右の意味における満足の仮処分を問題としたが、最初から全ての仮処分をとりあげて問題にしてもよかったと考えられる。つまり、この後者の問題では、仮処分債権者に大なり小なり満足を与える仮処分を全て満足の仮処分として、とりあげてよかったと考えられる。それ故、満足の仮処分なる概念は行為規範として用いるか評価規範として用いるかによってはおもろんのこと、さらに後者として用いるにしても、どのような問題との関連でそれを用いるかによって、その内容を一々定義し直さなければならず、そうであるとする、そのような概念は分析の道具としても余り有用とはいえないであろう。そこで結局、満足の仮処分なる概念はその内様が多義的にすぎ、そのような概念は、評価規範としても無意味に近いといわざるをえないのではなからうか。

（１） 拙稿「保全訴訟と本案訴訟（統）——回避的仮処分と攻撃的仮処分——」成城法学五号（昭五四）四五頁以下。

（２） 前述、第三節参照。

（３） 前述、第四節（一）参照。

（４） そこで、一定日時にかかる作為不作為の仮処分の場合は、仮処分債権者が満足を受けた状態でその日時を経過することを仮の履行状態と捉えることができるが、そうでなくとも、そのことが保全の必要性を基礎づけており、また、その日時の経過により被保全権利は消滅するから、判決理由にいう特別事情が存在することにならう。

（５） それ故、判例集編纂者が、判決要旨として判決理由を要約する際に、その前段と後段を組合せ、「いわゆる満足の仮処分の執行後に被保全権利の目的物の滅失等被保全権利に関して生じた事実状態の変動は、……」としているのは（民集三三卷三号三六六頁参照）、その変動を特別事情ある場合に本案訴訟において顧慮しないのは、満足の仮処分の場合だけであるかのような印象を与え、満足の仮処分とは何かという疑問を生じさせるおそれがあるので、不正確の謗りを免れない。

（６） なお、筆者の立場によると、仮の履行状態不顧慮及び新事態顧慮説が適用しえない例外的場合が存在したが、その例外にあたるか否かは、当該仮処分が満足の仮処分であるか否かとは全く別個の基準により判定されるべきものであった

(前述、第四節(六)、及び第四節注(44)(46)参照)。

(7) 山本戸克己「満足の仮処分」保全処分の体系下巻(昭四一)八一六頁。

(8) 山本戸教授の見解は、仮処分執行により仮定的にせよ被保全権利が消滅することを前提とするから、その完全な満足を与えない仮処分には適用されないことは当然である。そこで、それ以外の仮処分では、仮処分執行の事実が本案訴訟の審理において顧慮されないことは当然として、目的物の滅失等被保全権利の消滅事由たる新事態が発生した場合は、損害賠償義務の不存在確認に訴が変更される、あるいはその趣旨の本案訴訟が提起されるべきである、という意味において、その新事態は顧慮されるべきことになるのであろうか。もし、そうであるとすると、被保全権利の完全な満足を得させる仮処分とそれ以外の仮処分とで、このような異なった取扱をすることが妥当か否かが問われることになる。(教授が訴訟変更説を排斥するために指摘される理由は(第四節注(26))参照、それは折衷説により新事態を顧慮しなければならぬとされる場合にも当てはまる)、後者の仮処分執行後新事態が発生して現実的な原状回復が不能となった場合にも当てはまるように思われる)。

(9) 前述、第四節(一)一参照。

## 六 関連問題

(一) 仮執行及びその後生じた新事態と控訴審の審理

一 仮処分執行、あるいはその後発生した被保全権利の消滅事由たる新事態が、本案訴訟の審理に対し如何なる影響を及ぼすかという問題と類似のそれとして、仮執行あるいはその後発生した新事態が、本案すなわち仮執行宣言付支払命令に対する異議手続もしくは仮執行宣言付第一審判決に対する控訴審手続における審理に対して如何なる影響を及ぼすかという問題がある(問題は、異議手続と控訴審手続とに共通するので、以下控訴審手続についてのみ論ずる)。

右の問題につき、かつては、仮執行においては、執行力が解除条件付であるにとどまり、執行自体は確定判決の場合と異ならないから、もし債権が存在しているなら、その債権は執行により目的を達し、完全なる弁済の効力を認むべく、それ故、その後の訴訟においては、原告は訴の変更をして、債権が執行当時存在していた旨の確定を求むべきである、との見解が存在した。<sup>(1)</sup>

これに対し、判例は大審院以来一貫して、仮執行の事実及びその後に生じた新事態は、一切その後の訴訟において顧慮すべきではないとしてきた。すなわち、

〔一〕 大判大正一五年四月二二日民集五卷二七〇頁<sup>(2)</sup> 金銭請求につき、債権者が仮執行によって弁済を得たという事案。

「……唯其ノ執行(仮執行宣言付判決に基<sup>つ</sup>く執行——筆者)ニ因リテ得タル弁済ノ効力ニ至リテハ、確定判決ニ基ク場合ノ如ク確定的ノモノニ非ズシテ他日其ノ本案判決若ハ仮執行宣言ガ廃棄セラレザルコトヲ解除条件トスルモノニ過ギズ。故ニ右ノ如キ執行後裁判所ガ本案ノ判決ヲ為スニ当リテハ、執行ノ有無ノ如キハ之ヲ眼中ニ置クコトナク一般ノ場合ト同ジク請求ノ存否ヲ審査スベク、……」

〔二〕 大判昭和十三年二月二〇日民集一七卷二三号二五〇二頁<sup>(3)</sup> 牝牛(特定物)の給付請求につき債権者が仮執行により牛の引渡を受け、これを転売したところ、買受人が屠殺したという事案。〔一〕判決を引用したうえ、

「然ラバ債権者ガ其ノ執行ニ因リテ債権ノ目的物ノ交付ヲ受ケタル後之ヲ滅失セシメタリトスルモ、爾後右本案ニ付判決ヲ為ス場合ニ於テハ、斯ル事実ヲ斟酌シ其ノ債権ノ履行ハ目的物ノ滅失ニ因リ確定的ニ不能ニ帰シタルモノトシテ請求ノ当否ヲ判断スベキモノニ非ザルコトモ亦明白ナリト云フベク、此ノ事ハ仮リニ如上ノ事実ヲ斟酌スベキモノトセバ此ノ一事由ニ因リ債権者ハ敗訴ノ外ナク、從テ又民事訴訟法第百九十八条第二項ノ適用上

曩ニ仮執行ニ依リテ得タルモノヲ賠償セザルベカラザルニ至リ、同法上判決ノ確定前ニ強制執行ヲ許容シタル法意ヲ没却スルニ稽ヘ殆ンド言説ヲ要セザル所ナリ」

判例の右のような態度は、最高裁になつてからも受け継がれ、学説も概ねそれに賛成している。<sup>(5)</sup>

二　そこで、右のような見解は正当かを検討する。まず、順序は逆になるが、「二」判決のあける理由から検討しよう。

確かに、仮執行後の本案の審理において、仮執行の事実あるいは目的物滅失のような新事態を顧慮し、訴求された権利は存在したとしても仮執行により満足を受けて消滅している、あるいは新事態の発生により消滅しているから、いずれにせよ請求は理由がないとするのは、仮執行という制度の建前に矛盾する。蓋し、訴求された権利の存否の判断、すなわち仮執行の当否の判断は、その後の手続における審理に委ねられているのに、そのようにすると、右の判断の機会が失われてしまうからである。だが、そうであるとすると、訴求された権利が履行を受け、あるいは目的物滅失等の新事態の発生により消滅する以前の時点において存在した、との主張を訴訟物とすれば、右の判断の機会が奪われることはなく、冒頭に掲げた見解は、あなたがち理由がないとはいえないと思われる。

ここで、判例・通説が、仮執行の事実や目的物滅失等の新事態はその後の訴訟において顧慮されるべきではないとすることの実際上の帰結を考えてみると、そのようにして下された判決は、決して、口頭弁論終結時における訴求された権利の存否そのものを單純に確定しているわけではない。つまり、実際には、存在したとしても消滅事由が発生して消滅しているが、そのような消滅事由が発生しなかったと仮定しての、口頭弁論終結時における訴求された権利の存否を確定しているにすぎない。それ故、そのような判決は、消滅事由が口頭弁論終結後に発生したと仮定しての、その終結時における<sup>(6)</sup>、すなわち消滅事由が発生する直前の時点における訴求された権利の存否を確定しているにすぎず、判例・通説は、その過去の時点を現在と擬制しているにすぎない。<sup>(7)</sup>それ故、判例・通説と冒頭



に掲げた少数説との隔りはそれ程大きなものではなく、その差異は、右の擬制を行うか、それを行わずに過去を過去として認めるために訴の変更の手續を必要とするか、の点にあるにすぎない。そうであるとすれば、他に難点のない限り、敢て擬制など行わぬ方が、事の実質に即した判決を下すことができることになろう。

ところで、通説が少数説の難点として指摘するところは、この説によると訴の変更の手續が必要とされる点に向けられている。すなわち、本来理由のある訴を提起した原告が、制度上必然的に訴の変更をなすべく強制されるのは不合理であるといわれる。<sup>(8)</sup> また、訴の変更の手續が必要であるとすると、それをなさなかった場合には民訴法一九八条二項の適用が避けられないのではないかという疑問が生じ、少数説の側からは、かかる場合には、その趣旨からして右規定の適用が排除されるとされるが、たとえそうであるとしても、<sup>(9)</sup> 原告敗訴の結果は一般の正義感情に反するのではあるまいか、とされる。<sup>(11)</sup>

しかし、訴の変更の手續が実際にとられればよいが、そうでない場合にも、仮処分の場合について述べたのと同様に、<sup>(12)</sup> 原告が訴求された権利の消滅事由を主張しつつ、その権利の存在を主張する場合は、原告の主張の趣旨は、その消滅事由の発生前における当該権利の存在を主張するものと解され、さらに仮執行宣言は第一審判決の存在を前提としてそれに付される以上、消滅事由発生後それが訴訟の場に明らかになるまでに訴求された権利の存否に関する審理は相当程度進んでいるから、その審理を無駄にしないためにも、訴の変更は当然なされたものと扱うことができるのではなからうか。<sup>(13)(14)(15)</sup> なお、このように解すると、第一審判決は現在の権利関係の存否を確定しており、控訴審判決は過去のそれを確定することになるから、後者は前者を変更しており、それ故、民訴法一九八条二項が適用されることになるのではないか、という疑問がありえよう。しかし、この疑問は当をえていない。すなわち、控訴審判決が第一審判決を是認し控訴棄却の結論を下す場合、後者の基準時はその口頭弁論終結時であり、前者の基準時はその口頭弁論終結時なのであるから、前者はその基準時における権利の存在の判断をもって後者の基準時にお

ける権利の存在の判断におきかえており、この意味において常に第一審判決は変更されている。そして、前記の場合もこれと同一のことが生じているにすぎない。<sup>(16)</sup> また、そうであるとなると、判決主文からは、過去の時点での権利の存在が確定されたことが判明すればたりののであるから、消滅事由発生前での訴求された権利の存在が肯定された場合の控訴審判決の形式は、訴の変更の手続が具体的にとられれば、当該過去の時点において権利が存在した旨を宣言することになるが、そうでなければ、単純に控訴を棄却したうえ、判決主文に当該権利の消滅事由が発生した旨付記すればたりよう。

三 以上述べた如く、判例・通説は絶対的なものではなく、訴求された権利の消滅事由が発生した場合には、少数説のように考えた方が妥当ではないかと考えられる。そこで問題は、如何なる場合に訴求された権利は消滅するかである。すなわち、仮執行が実施されたことにより、既に訴求された権利は消滅するか、あるいは目的物滅失等の新事態が発生したことにより初めて消滅するかが問題である。ここで、「一」判決の理由づけを検討する必要がある。

「一」判決は、解除条件付にせよ、訴求された権利は仮執行により既に消滅するとする。このような見解は、仮処分命令が、実体法上の権利関係とは別個の訴訟法上の法律状態（保全状態）を形成する形成裁判であるのとは異なり、仮執行宣言は、未確定の判決に仮に確定したと同様な効力を与える裁判であるにすぎない、つまり仮処分命令のように実体法上の権利関係とは別個の法律状態を形成することはないから、仮執行によつては、訴訟法上の法律状態の平面での権利ではなく実体法上の権利そのものが実現される、という見解を基礎にしていると思われる。<sup>(17)</sup> しかし、仮処分執行の場合と同様に、仮執行あるいはそれを免れるための給付がなされた場合にも、訴求された権利の存否に関する証明責任の所在を転換させる趣旨はそこには含まれていないと考えられるから、<sup>(18)(19)</sup> 実体法上有効な義務の履行があったとはいえず、それ故、その義務は消滅していないと考えられる。<sup>(20)</sup> つまり、仮執行宣言は、訴

求された権利そのものを完全に実現することを許容してはいないのであり、許容しているのはその一步手前の段階、すなわち訴求された権利の実現と事実上（法律上ではない）同一の状態を形成することまでであるにすぎない。したがって、それは、訴訟法上の平面での法律状態を形成する形成裁判である（そして、その裁判には即時に執行力が付される）という意味で仮処分命令と本質を同じくする。<sup>(21)</sup> 仮執行により訴求された権利そのものが解除条件付に消滅するという見解は、仮執行宣言の裁判が、本案の終局判決を前提とし、それを仮に執行することができるといふ形でなされるところの外形的形式に惑わされたものである。仮執行宣言の裁判が右のような形式をとるのは、それが本案の判決とともになされるものであるため、それと同一の内容の裁判を掲げそれを執行することができるとすることが煩雑であるから、本案の判決を援用して簡略化された形式をとっているにすぎないと考えられる。そこで結局、訴求された権利は、たとえ存在したとしても、仮執行によつては、その後には仮執行宣言の付された判決が確定的に是認せられるべきことを停止条件として消滅しているにすぎない、つまりその条件成就前の段階では消滅していないと考えられる。<sup>(22)</sup> それ故、この段階では、訴求された権利の存否そのものの確定を目的とする本案の審理においては、仮執行の事実を顧慮すべきでないことは当然であり、したがって、その訴訟の既判力の基準時は、その口頭弁論終結時とすべきである。他方、仮執行後に目的物の滅失等の訴求された権利の非遡及的な消滅事由が発生した場合は、本節二において説明した取扱がなされるべきであり、その訴訟における判決は、右の消滅事由発生直前における訴求された権利の存否を確定する。<sup>(23)</sup>

以上に対し、相殺のような遡及的な訴求された権利の消滅事由が発生した場合は、その消滅事由発生前の時点における訴求された権利の存否を確定してみても意味のないことは仮処分執行の場合と同様であるから、仮執行後の口頭弁論終結時を基準時として、訴求された権利の存否を確定すべきである。<sup>(24)</sup>

（1）小川保男「仮執行宣言の本質と其の運用（三完）」法学志林四四巻四号（昭七）四八頁。なお、Forster-Kann,

ZPO, Bd. II, 1926, §708 Anm. 1 がこれと同旨として引用されることがあるが(竹下守夫「仮執行の宣言」民事訴訟法演習Ⅰ(昭三八)一八二頁、斎藤秀夫編・注解民事訴訟法③(昭四八)二九四頁注⑥(小室直人))、右著書は、「訴

訟が、仮執行による取立後も、申立の趣旨の変更なく給付を求めるまま進められるのは不正確であり、厳密に言えば、訴訟物たる請求権が存在した、あるいは取立により消滅することがなければ現在存在するであろう、との確定が問題となっている」と述べているにすぎないから、右の確定をなすために常に訴の変更の手續を要する、つまり、そうしなければ請求棄却の結論になる、といっているのかには疑問の余地があろう。

(2) 本件判例評釈として、加藤正治・判民大正一五年四〇事件。

(3) 本件判例評釈、判例解説として、菊井維大・判民昭和一三年度一五二事件、吉川大二郎・判例保全処分四九事件、竹下守夫・民事訴訟法判例百選(昭四〇)一四四頁以下。なお、この判例の射程距離につき、石川明「満足的仮処分の執行後被保全権利に関して生じた事実状態の変動と本案の審理(上)」判例時報九五五号(昭五五)四頁参照。

(4) 最判昭和三六年二月九日民集二五卷二号二〇九頁。この判例の判例評釈、判例批評として、三ヶ月章・判例民事訴訟法三六事件、加納実・民商法雑誌四五卷三号三〇〇頁以下。

(5) 前注(2)ないし(4)に掲げた判例の評釈類は、いずれも判例の結論に賛成している。そのほか、最近の学説として、斎藤(秀)編・前掲書③二九四頁(小室)、新堂幸司・民事訴訟法(昭四九)四四六頁、中野貞一郎外編・民事訴訟法講義(昭五一)四七六頁(上田徹一郎)、菊井維大・村松俊夫・全訂民事訴訟法Ⅰ(昭五三)一〇九五頁以下。ただし、三ヶ月・前掲書一八三頁以下は、仮執行による執行債権の実現によっては未だ実体法上有効な弁済の効力は生じていない、ということで仮執行の結果は本案の審理において顧慮されない、ということを基礎づけており、これによると目的物滅失の事実については判例の立場と異なってくる可能性があるといわれる(竹下・前掲判例解説一四五頁)。

もっとも、菊井・村松・前掲書Ⅰ一〇九五頁以下は、仮執行による執行債権の実現については三ヶ月説と同様の理由づけにより判例の結論に賛成しながら、目的物の滅失についても判例の結論に賛成している。以上に対し、近時、松浦馨「判例評釈」判例評論二五三号(判例時報九五一号)(昭五五)三〇頁以下は、仮執行後の目的物滅失の事実、その後の訴訟において顧慮すべきであり、損害賠償ないし不当利得返還義務不存在確認に訴を変更すべきであるとされる(なお、第四節注(18)参照)

(6) 吉川大二郎「満足の仮処分の性質」(昭四〇)増補仮処分の諸問題三三七頁は、「請求権の目的物の滅失毀損は仮執行

後判決確定までに生じていても、仮執行の効力として、確定判決に基づく本執行後に生じたものと擬制できる」から、本案の審理において顧慮しなうとされる。なお、前注(1)の Förster-Kann の説明参照。

- (7) Stein-Jonas-Münzberg, ZPO, 20. Aufl. 4. Lfg. 1978, §708 Anm. 4 は、仮執行により訴求された権利は消滅するとしながら、Anm. 5 は、訴の変更を不要としている。

- (8) 竹下・前掲論文民事訴訟法演習Ⅰ一八三頁、同・前掲判例解説一四五頁。

- (9) 小川・前掲論文四八頁。

- (10) 通説は、実体法上の理由によるのであれ訴訟法上の理由によるのであれ、ともかく本案判決が変更されれば民訴法一九八条二項が適用になるとする(菊井・村松・前掲書Ⅰ九六頁、鈴木正裕「判決の法律要件の効力」実体法と手続法の交錯下(昭五三)一七六頁参照)。これに対し、松浦・前掲判例評釈三〇頁は、本案判決の変更により必ず右規定が適用になる、ということに異論を唱える。

- (11) 竹下・前注(8)掲記箇所。

- (12) 前述、第四節(二)五参照。

- (13) 前注(1)掲記の Förster-Kann の所説はこの本文と旨と理解する余地もあるのではなからうか。

- (14) 仮執行宣言付支払命令による執行の場合には、その発令前における執行債権の存否に関する十分な審理が予定されていないから、仮執行後に債務免除のような執行債権の非適及的な消滅事由が発生した場合は、訴の変更の手続を具体的にとらせることが適当なことがある。

- (15) 訴の変更の手続が必要であるとしても、当初理由のある訴を提起した原告が、その後の事情の変化により、訴の変更を余儀なくされるということがあるのであるから、敢てこれを異とするにはたりない。また、制度上必然的にそうなるのが不合理であるとされるが、原告は自らの全く関与しない事情の発生のために訴の変更を余儀なくされることがあるのであるから、まして況んや、自ら仮執行制度という特に与えられた特典を利用した以上当然であるということもできよう。なお、福富哲也「仮執行宣言に関する諸問題について」東北福祉大学紀要三号(昭五四)一三七頁は、確定判決に基づく執行が原則であるという立場をとると、「仮執行宣言に基づく執行は、あくまでも仮定的・暫定的なものであり、その当然の帰結として、上訴審における審判は、仮執行に基づく権利の実現を度外視してなされなければならないことになり」、他方、仮執行宣言制度により判決の確定時点が、仮執行宣言付判決の言い渡しに移行せ

しめられたと考えると、「仮執行も確定判決にもとづく強制執行と全く同様になり」、訴求された権利が執行当時存在していた旨の確認を求めなければならないことになる、と指摘される。確かに、前者のような立場をとると、確定判決に基づかない執行による権利の実現を実体法は有効な権利の実現と評価していいと考えることになり（なお、筆者は、執行証書による執行については、執行受諾という別の契機があるから別異に解しうるのではないかと推察しているが、A. Blomeyer, *Vorläufig vollstreckbares Urteil. Wird der Klageanspruch durch die Vollstreckung oder ihre Abwendung erfüllt?*, JR 1979, 491 注、これを同様に取扱っている）後者のように考えれば、それをも実体法は有効な権利の実現と評価していると考えることになるから、以上の点に関する限り、右の指摘は正当であろう。しかし、訴求された権利が消滅したとしても、過去を現在と擬制し、訴の変更の手続を経ずに審理判断することは可能なのであるから、仮執行を例外と考えない場合には、当然のことを行った原告に訴の変更の手続を要求しない方が首尾一貫している。他方、目的物滅失等の新事態が発生した場合は、訴求された権利が実体法上消滅してしまったことは疑いなく、前者のような立場をとり仮執行を特に与えられた特典と考えれば、その特典を利用した者には訴の変更の手続が要求されるとしても不当ではない、と考える方が首尾一貫している（そして、現行法上は、実際はともかく、判決は確定しなければ執行力を生ぜず、仮執行は例外である、というのが制度の建前である（宮川種一郎「仮執行の宣言」総合判例研究叢書民事訴訟法③（昭三六）はしがき参照））。

- (16) 後述のように、仮執行によつては、訴求された権利は消滅しないと解されるが、仮執行後、目的物滅失のような消滅事由ではなく、債務免除のような仮執行の結果を将来に向かって維持すべきではなくする消滅事由が発生した場合は、民訴法一九八条二項を適用すべきであろうが（なお、前注（10）の松浦説参照）、判例・通説のように考えると、この余地がなくなってしまう。

- (17) 吉川・前掲論文増補仮処分に関する問題三三五頁。

- (18) この趣旨が含まれているという例外的場合の取扱は、本案訴訟係属中に同様の事態が生じた場合の仮処分についてと同様にすべきであろう。第四節注（44）参照。

- (19) たとえば、仮執行後に訴の取下がなされた場合は、民訴法一九八条二項は適用されないから（菊井・村松・前掲書Ⅰ一〇九七頁、斎藤（秀）編・前掲書③二九一頁（小室）も同旨か？）、被告が給付物の返還なり損害賠償なりを請求するには、訴求された権利の不存在が前提になるが、この存在の証明責任は原告に課されたままである。

(20) 前注(5)掲記の三ヶ月説、菊井＝村松説参照。同前G・Lの著述によつて Wiczeorek, ZPO, Bd. IV, Teil I, 1958, § 708 B II a; Rosenberg, Lehrbuch des Deutschen Zivilprozessrechts, 9. Aufl. 1961, S. 902; Messer, Die freiwillige Leistung des Schuldners in der Zwangsvollstreckung, 1966, S. 127; Baumbach-Lauterbach-Hatmann, ZPO, 37. Aufl. 1979, §§ 708—720 Einf. 1) B; Palandt, Die freiwillige Leistung in der Zwangsvollstreckung und ähnliche Fälle, ZFP Bd. 92 (1979), S. 438; A. Blomeyer, a. a. O., S. 490ff. など、L・E・ンにおつては、ZPO七十七条二項（＝日民訴訟法一九八条二項）によつて、仮執行により被告に何の不利も生ずべきでないことが明確にされており、その結果、仮執行後に取得した抗弁でもって訴求された権利に對抗しななければならぬいから、その権利は仮執行により消滅したと扱うことはできないとされる（A. Blomeyer, a. a. O., S. 491; RG, Urt. v. 28. 5. 1906, RGZ 63, 330）。そつて、特に、その抗弁として仮執行後に取得した反対債権をもつてする相殺が認められる（Messer, a. a. O., S. 127; A. Blomeyer, a. a. O., S. 491）。したがつて、L・E・ンによる（Pecher, Die Schadensersatzansprüche aus ungerechtfertigter Vollstreckung, 1967, S. 176）本来債務を負担する者は、その履行期にそれを履行すべきなのであり、それを怠っている間に取得した反対債権をもってする相殺などに正当な利益を有していないと考えられるから、右の相殺の可能性を奪われたことをもつて不当な不利益を課されたということはできない（ただし、このことは、決して右の相殺を認めないという趣旨ではない）。むしろ、不当な不利益と評価されるべき点は、仮執行により訴求された権利消滅の効果を生ずるとすると、本来義務を負担していない被告が、その義務の不存在の証明責任を負担させられてしまふこととなる点に求めらるべきである（vgl. A. Blomeyer, Allgemeines Schuldrecht, 4. Aufl. 1969, S. 230; Palandt-Heinrichs, BGB, 36. Aufl. 1977, § 362 2)）。

(21) したがつて、山内敏彦「原状回復不能を招来する仮処分」判例タイムズ一九七号（昭四一）五三頁のいうように、仮処分による弁済の効力は停止条件付に生じ、仮執行によるそれは解除条件付に生ずるとするのは妥当ではなく、双方の弁済の効力とも停止条件付と考えるべきである（原井竜一郎「判例研究」法律時報三四卷四号（昭三七）八八頁参照）。なおまた、岩松三郎「仮執行の宣言」岩波法律学辞典Ⅰ（昭九）二八二頁は、仮執行宣言付判決に基く強制執行の意義に付き二様の見解があり、「一は法文上何等の区別もないところから確定判決に基くそれと全く同一であると為し、他は唯当事者間の係争関係に付き仮の整理を与えるに過ぎない」と説くと指摘される。本文の見解は無論後者に従つたものとせざるが（vgl. R. Schmidt bei Soergel-Siebert, BGB, 10. Aufl. 1967, § 362 Anm. 9; RG, Urt. v. 28. 5.

1906, RGZ 63, 330; RG, Urt. v. 3. 7. 1914, RGZ 85, 215; RG, Urt. v. 19. 4. 1920, RGZ 98, 325).<sup>\*)</sup> 仮の整理を行う強制執行の基礎には、それにより実現されるべき法律状態を表象した債務名義の存在が前提となるから、そのような実体法上の法律状態とは別個の法律状態は、仮執行宣言という裁判によって形成されているとみななければならない。もっとも、いわゆる抽象的執行請求権説によれば、強制執行は実体法上の請求権の存否とは無関係に債務名義の存在それ自体を根拠としてなされるから、仮の整理の基礎としての法律状態の存在を必要としないと考えうるかもしれない。しかし、執行請求権の本質につき如何なる見解に従うにせよ、最初から強制執行が実体的適法性の保障を全く無視してなされてよいということにはならない(竹下守夫「第三者異議訴訟の構造」法曹時報二九巻五号(昭五二)四頁、同「強制執行の正当性の保障と執行文の役割」裁判と上訴下(昭五五)三三頁参照。つまり、強制執行がノーマルな過程を経て実施される限り、そこには必ずそれにより満足させられる権利の存在が前提とされなければならない(抽象的執行請求権説も、右の権利が存在であるにもかかわらずなされてしまった強制執行が国家机关の行為としては適法であるというアブノーマルな状況を説明するための理論にすぎないと思われる(石川明「不当執行論」法学研究三四巻七号(昭三六)一九頁以下参照)。そして、右の権利が実体法上の権利そのものではないと解される以上、仮執行の基礎には、仮執行宣言により形成された法律状態があると考えざるをえない。

(22) 仮執行後に取得された反対債権をもつてする訴求債権との相殺を可能とする見解(金子文六「仮執行」民事訴訟法講座三巻(昭三〇)七七一頁、竹下・前掲論文民事訴訟法演習一八三頁、菊井維大・民事訴訟法下(補訂版)(昭四三)四〇六頁、斎藤(秀)編・前掲書(三)二九五頁(小室)、菊井・村松・前掲書一〇九六頁、Rosenberg, a. a. O., S. 962; Baumbach-Lauterbach-Hartmann, ZPO, 37. Aufl. 1979, §§ 708—720 Einf. 1) B) のうち、訴求債権が解除条件付に消滅しているとするものが(菊井、Baubach-Lauterbach-Hartmann)「解除条件付にせよ消滅している権利との無条件の相殺を許すのは論旨一貫しない。それに対し、その他の論者のある者が、暫定的浮動的消滅、非確定的な満足といっているのは(金子、菊井・村松、Rosenberg, JW 1925, 771)」。本文に述べた事情を比喩的に表現しているものと思われる(原井・前掲判例研究八八頁参照)。なお、竹下・前掲論文民事訴訟法演習一八三頁は、控訴審の審理との関係では、未だ債務は履行されずに存在するものとして扱われるから、被告は控訴審で新たに相殺の抗弁を提出しうるとされているが、この理由だけでは相殺を許容する根拠にならないから(蓋し、控訴審の口頭弁論終結後債務が履行されて消滅した場合も、上告審の審理との関係では債務は存在するものとして扱われるが、にもかかわらず、債務が消



滅した以上相殺をなしえないのと同様である。実際、Stein-Jonas-Münzberg は「仮執行後の訴の変更を要としながらも(前注(7)参照)、相殺をなしえない」とする(ZPO, 20. Aufl. 4. Lfg. 1978, § 707 Abs. 28)」の見解も、債務は実体法上残存しているとみていると考えなければならぬ。

(23) 勿論、仮執行によって、例外的に、訴求された権利が実体法上消滅していれば、その段階で、本節において説明した取扱がなされるべきである(第四節注(46)参照)。

(24) 本文に述べたのは、要するに、仮執行の場合と仮処分執行の場合とで取扱を同じくすべきであることである(松浦教授も、筆者と方向は異なるが、両者の取扱を同じくすべきであるとされる(松浦・前掲判例評釈三〇頁)。また、石川教授も、明瞭ではないが、同様の方向を指向されるものようである(石川・前掲論文(下)判例時報九五六号(昭五五)三頁参照)。両者の取扱を別個のものとすると、第三節注(10)で指摘したように、被保全権利の完全な満足を命ずる仮処分命令と仮執行宣言とが競合することがありえ、その場合、その一方の執行の結果は他方のそれとも評価されることになる(第三節注(36)参照)。その後の訴訟はその双方の本案訴訟ということになり、いずれの取扱に従うべきかという問題を生ずる。なお、仮執行宣言は、給付判決のほか、確認判決、形成判決にも付しうるとするのが通説であるが(金子・前掲論文七六五頁、宮川・前掲書四頁以下、竹下・前掲論文民事訴訟法演習一八一頁、菊井・前掲書四〇二頁、斎藤(秀)編・前掲書(3)二五七頁以下、菊井・前掲書一〇七九頁以下)、そのような判決について仮執行宣言が付された後、訴求された権利の消滅事由たる新事態が発生した場合も、仮処分の場合と同様に解すべきである。

## (二) 仮処分目的物の売却と本案訴訟の審理

一 民執法一七七条三項は、動産仮差押につき、「仮差押えの執行に係る動産について著しい価額の減少を生ずるおそれがあるとき、又はその保管のために不相応な費用を要するときは、執行官は、動産執行の売却の手續によりこれを売却し、その売得金を供託しなければならない」と規定する。この規定が、仮処分に準用されるか否かについては(民執法一八〇条参照)、旧法の七五〇条四項後段についてと同様に争いの余地があるが、旧法下にお

いては右規定の準用を肯定するのが判例・通説であつたから、民事執行法のもとにおいても同様に解されるであらう。<sup>(26)</sup>そして、右民事執行法の規定の仮処分への準用を肯定して仮処分目的物が売却された場合、仮処分執行や仮執行後の目的物滅失の事実が本案訴訟の審理に対して如何なる影響を及ぼすかという問題と類似のそれとして、右の売却の事実が本案訴訟の審理に対して如何なる影響を及ぼすかという問題が生ずる。

二 右の問題に対する解答としては、従来三つの説が主張されてきた。すなわち、

(一) 第一説は、売却により被保全権利は特定物引渡請求権から目的物の給付不能による損害賠償請求権に転換するとなし、したがって、本案訴訟においては損害賠償請求に訴の変更がなされるべきであり、あるいはその旨の本案訴訟が提起されるべきであるとする。<sup>(27)</sup>

(二) 第二説は、従前の仮処分は売却供託金の返還請求権もしくは給付請求権を保全するものとなり、当事者は、以後本案訴訟において、売得金の帰属の確認もしくはその引渡を求めるべきであるとする。<sup>(28)</sup>

(三) 第三説は、売却供託金は仮処分目的物に代わるものと観念され、両者の間に同一性が維持されるものと解すべきであるから、本案訴訟の訴訟物は何ら影響を受けることはないとする。<sup>(29)</sup>ただし、この見解をとつても、請求認容判決の主文をどう表現すべきかは問題のあるところであり、(イ)売却前の目的物を表示して、「被告は、原告に〇〇物を引渡せ」という主文や、(ロ)売得金を表示して、「被告は、原告に対し〇〇物(ただし、売得金〇〇円)を引渡せ」あるいは、「被告は、原告に対し〇〇物の売得金〇〇円を引渡せ」という主文が考えられている。そして、多くの見解は(イ)でよいとしつつ、(ロ)としても違法ではないとする。<sup>(30)</sup>そしてまた、(ロ)としても、厳格な意味での訴の変更にはならないとする。<sup>(31)</sup>

三 まず、以上の諸説のうち、第一説が正当でないことはいうまでもない。蓋し、仮処分につき民執法一七七条三項の準用を認めるのは、仮処分目的物に滅失毀損等のおそれある場合に、それに代わるものとしての売却供託金

を得せしめた方が、当事者の利益に合致すると考えられるからであり、売却供託金が損害賠償請求権を保全すると  
なすことは、その目的物自体を排他的に自己の支配下に収めようとした仮処分債権者の利益を害することになるか  
らである。<sup>(32)</sup>

次に、実体法的にみれば、売却により、目的物の返還もしくは給付請求権は、売却供託金という特定物たる金銭  
の返還もしくは給付請求権に転換したものとみななければならない。第三説は、売却供託金は目的物に代わるもので  
あり、両者は同一性を維持するとしているが、代わるということには、代えらるべき両者は別個のものであること  
が前提となっているのであるから、それにもかかわらず両者が同一性を維持するというのは、擬制を行っているに  
すぎない。<sup>(33)</sup> それ故、本案訴訟の訴訟物は何らの影響をも受けないとする第三説よりも、第二説の方が事の実質に即  
した取扱をしているといわなければならない。<sup>(34)</sup>

ところで、第三説は、第二説に対し、常に裁判所が訴の変更をさせる義務を負担する結果となることには、本来  
当事者がインシアティブをとるべき訴の変更の性質から疑問があるし、訴の変更をしなければ敗訴の結果を招来  
することは、売得金が目的物に代わるものであることと矛盾するのではないかと思われる。また、売却に  
よる売得金供託の事実が本案訴訟の弁論や証拠に現われないまま原告勝訴の判決が確定した場合に、その確定判決  
を債務名義としては供託金に対する強制執行をなさないことになるのは、売得金を目的物と同一視する以上は認  
しがたいのではなからうか、という批判をも加える。<sup>(35)</sup>

しかし、裁判所が訴の変更をさせる義務を負担するのは疑問であるというが、訴の実質的な目的を達するために  
原告に対して訴の変更を示唆する釈明権の行使を積極的に認めるべきであるという有力説の存在に鑑みれば、敢て  
それを疑問とするにはあたらない。<sup>(37)</sup> なお、仮処分の事実が当事者から主張されるのは稀なことであるといわれ、<sup>(38)</sup>  
うであるとする訴の変更を示唆する釈明権の行使の機会が余りないのではないかとの疑問があろうが、実務が第

二説のような取扱になれば、そもそもそれを示唆せずとも、原告は自ら売却の事実を主張して訴の変更をなすことになる<sup>(39)</sup>。さらに、売却の事実が明らかにならないまま原告勝訴の判決が確定した場合、その判決を債務名義として売却供託金に執行できないのは不都合であるとされるが、本案訴訟の訴訟物が不作為請求である場合には、そのまま請求を維持して原告勝訴となっても右の本執行ができるか疑問である<sup>(40)</sup>、また、問題となっているのが不作為請求でない場合でも、訴の変更をさせずに原告を勝訴させると別個の不都合が生じうる。すなわち、売却のための手続において仮処分債務者自身が買受人となっている場合<sup>(41)</sup>、本執行する際に、被保全権利が売却供託金の返還もしくは給付請求権に転換せず、目的物が売却供託金と同一性を保っているとする、被保全権利の目的物が二つ存在するのではないかとの疑問を生ずる。そこで、仮処分債権者は売却供託金に執行するか本来の目的物に対し執行するかを選択権を有することになるのではないかとの疑問を生じ、あるいは、仮処分債務者は右のいずれか任意の方を提供してその負担する義務を免れうるのではないかとの疑問を生じ、さらには、右の二つの選択権のいずれが優先するかなどという疑問も生ずる。いずれにせよ、仮処分債権者にであれ、仮処分債務者にであれ、右のような選択権を認めるのは不合理であり、売却後の被保全権利の目的物は売却供託金に限られなければならないことはいうまでもないが、前記第三説のような主文を表示した判決という債務名義が存在する以上、仮処分債務者が本来の目的物に対し執行する、あるいは、仮処分債務者がそれを提供して売却供託金に対する執行を阻止することを否定しえないのではなからうか。それ故、やはり、第三説よりも第二説の取扱の方が、事の実質に即しており、適切と考えられよう。

(25) 旧法下において、七五〇条四項後段の準用肯定説が支配的となるまでの判例・学説の変遷については、岡垣学「仮処分の目的物と換価命令」判例タイムズ三八号（昭二九）一頁以下、松本保三「仮処分目的物件の代替物に対する本執行」仮処分の研究上巻（昭四〇）二六八頁以下、松野嘉貞「仮処分の目的物の特別換価命令」実例法学全集民事訴訟法

下巻(昭四〇)二七六頁以下(ただし、以上は後掲最判出現以前のもの)、安井章「目的物換価」保全判例百選(昭四四)二五二頁以下、柳川真佐夫・保全訴訟「補訂版」(昭五一)四七〇頁以下、吉井直昭「仮処分目的物の特別換価」仮差押・仮処分の基礎(昭五二)二八八頁以下等参照。また、以上の学説は全て準用肯定説であるが、その他同旨の学説として、谷本仙一郎「仮処分の目的物を換価し得るや(判例研究)」法律学研究六巻五号(昭四四)六頁以下、中務俊昌「戦後の仮処分判例の研究」民事訴訟雑誌一号(昭二九)一九五頁、吉川大二郎・判例保全処分(昭三六)八五事件(五六二頁以下)、八六事件(五六八頁以下)、西山俊彦・保全処分概論(昭四七)二五四頁、沢田直也・保全執行法試釈(昭四七)二三四頁、鈴木忠一外編・注解強制執行法(四)(昭五三)四二七頁以下(西山俊彦)等多数。さらに、売却の可否について直接論じたものではないが、その許容されることを当然の前提として本案判決の正文を如何に構成すべきかについて判示した判例として、最判昭和四三年一月二五日民集二巻八号一頁(この判決に対する判例評釈、判例批評、判例解説として、奥村正策・判例評論一一四号(判例時報五一九号)二六頁以下、中務俊昌・民商法雑誌五九巻二号二三四頁以下、同・保全判例百選(昭四四)一五四頁以下、伊藤真・法学協会雑誌八六巻三三五二頁以下、伊東乾二・坂原正夫・法学研究四二巻二号一二二頁以下、吉井直昭・最高裁判所判例解説民事篇昭和四三年度(上)一頁以下)、最判昭和四四年五月二九日民集二三巻六号一〇三四頁(この判決に対する判例批評、判例解説として、吉川大二郎・民商法雑誌六二巻三三〇四六頁以下、鈴木宏・最高裁判所判例解説民事篇昭和四四年度(上)三三四頁以下)。ただし、如何なる要件のもとに売却が認められるかについては論者により微妙なニュアンスの相違があり、今後はこの点の解明が重要であろう。なお、ドイツの学説でこの点に言及したものは余り見出しえないが、筆者が見出しえたものは準用否定説である(Sauffert, ZPO, 8. Aufl. 1903, § 936 Anm. 1 n); Zöller-Scherübl, ZPO, 11. Aufl. 1974, § 936 Anm. 1)。

(26) なお、民執法一七七条三項は、旧法七五〇条四項後段と異なり、執行裁判所の命令を要することなく執行官限りで売却をなしうるとしたほか、旧法に若干の文言の変更を加えている。そこで、以下では、旧法について著わされた文献についても、括弧つきでそのまま引用する場合を除き民事執行法のもとの文言に引き直して引用している。

(27) 大決昭和九年二月八日民集一三巻一七九頁(ただし、本決定は、直接には売却の可否につき論じたものであり、本案訴訟の訴訟物如何につき論じたものではないが、本文のような越旨と理解されている(岡垣・前掲論文一〇頁、吉川・前掲書五六四頁、吉井・前掲判例解説八頁参照))。

(28) 中務・前掲論文二九六頁(ただし、中務教授は、後に第三説に改説された)、原井竜一郎「判例研究」法律時報三四卷四号(昭三七)九〇頁、伊藤・前掲判例評釈三五七頁(ただし、伊藤助教授の見解は、仮処分、本案双方とも不作為請求であった前掲昭和四三年最判に関連して述べられたもので、一般的に訴の変更を要求される趣旨なのかは審かでない)。なお、吉川・前掲書五六四頁、五六九頁も同旨かとされることがあったが(吉井・前掲判例解説八頁参照)、吉川博士は、後に第三説にたれることを明言されるに至った(吉川・前掲判例批評民商法雑誌六二卷三号四六九頁)。

(29) ただし、柳川・前掲書四六六頁は、仮処分の執行が仮定的、暫定的なものであり、執行終了ということがあり得ないことを観念することを、この説の根拠としてあげられるが、そうであるとなぜこのような結論になるのかは、筆者には不明瞭である。

(30) 最判昭和四四年五月二九日民集二三卷六号一〇三四頁、岡垣・前掲論文二一頁、松本・前掲論文二七四頁以下、奥村・前掲判例評釈二八頁、中務・前掲判例批評民商法雑誌五九卷二二四一頁、同・前掲判例解説保全判例百選一五五頁、西山・前掲書二五五頁以下、柳川・前掲書四七三頁、鈴木(忠)外編・前掲書(4)四二八頁(西山)。

(31) つまり、売却前の目的物と売却供託金は同一物と観念されるから、判決主文に前者を表示するか後者を表示するかは、同じものをAと表現するかBと表現するかの表現の相違にすぎないとするものであろう。

(32) 岡垣・前掲論文一〇頁、吉川・前掲書五六四頁。つまり、平等主義をとる日本法のもとでは、この判決のように解すると、第三者の配当要求を認めざるをえないため仮処分債権者は売却供託金を独占することができず、その利益が害されることになる(松本・前掲論文二七五頁、安井・前掲判例解説一五三頁)。

(33) 兼子一・増補強制執行法(昭二六)三三四頁は、保管中の係争物の売得金が仮処分の目的物に代わる根拠はないとされる。

(34) そうすると、売却の時点において、それ以前の目的物の返還・引渡請求権は消滅するから、筆者の立場からすると(第四節(二)五、第六節(一)三参照)、その売却の時点における被保全権利の存否が確定されなければならないことになるのではないかとの疑問が生じよう。しかし、ここでは、売却供託金に対する執行の問題が残っているため、過去の時点における被保全権利の存在を確定しただけでは意味がない(三ヶ月章・判例民事訴訟法一八六頁、伊藤・前掲判例評釈三五五頁)。そこで、売却前における目的物の返還・引渡請求権の存否と現在における売却供託金の返還・給付請求権の存否の双方の確定が求められなければならないかの如くであるが、前者の確定は不要と考えられる。蓋し、右の両者は、

後者が確定されれば前者も必然的に確定されるという関係にあるため、後者のみを確定すれば、仮処分の当否を審査するという本案訴訟の目的は達成されるからである。そしてまた、第二説に対しては、なぜ、従前の仮処分命令が維持されながら、被保全権利の変化を主張しうるのか、という批判が加えられるが（伊東Ⅱ坂原・前掲判例研究一二四頁）、二つの被保全権利の間に右のような関係があるために、仮処分の流用が認められるということが、この批判に対する解答になるであろう。

（35） 奥村・前掲判例評釈二七頁、伊東Ⅱ坂原・前掲判例研究一二四頁、吉井・前掲判例解説五頁以下。

（36） 中野貞一郎「訴の変更と釈明義務」（昭四七）過失の推認二五七頁以下。

（37） なお、この場合は、仮処分執行、仮執行後に目的物が滅失した場合と異なり、当然に訴の変更がなされたものと扱うことはできないであろう。蓋し、後者では、目的物滅失の前後を通じ訴訟物自体は同一であると考えられるのに対し（山内敏彦「原状回復不能を招来する仮処分」判例タイムズ一九七号（昭四一）五三頁）、ここではどのように考えることはできないからである。

（38） 松本保三「仮処分の目的物を換価することができるか（緊急換価処分）」判例タイムズ一九七号（昭四一）一一五頁。

（39） 谷本・前掲判例研究六八頁は、「既に仮処分の目的物を換価し乍ら尚且仮処分債権者が本案の訴に於て『特定物其ノモノノ請求』を維持するが如きは到底想像し得られない所である」と指摘される。なお、伊藤・前掲判例評釈三五八頁は、売却供託の事実が当事者に不明であるような事態は、稀であろうとされる。

（40） 仮処分、本案訴訟とも伐採木の搬出禁止の請求であり、当該伐採木が換価命令により売却されその売得金が供託されておき、右の請求を認容する本案訴訟の判決が下されたという前掲昭和四三年最判の事案につき、奥村・前掲判例評釈二八頁は、右判決は執行の関係においても特定物給付判決と同様に扱うとされるが、伊藤・前掲判例評釈三五二頁は、そのような取扱が認められるか疑問とされる。また、伊東Ⅱ坂原・前掲判例研究一二五頁は、供託金引渡の別訴が必要であるとされるが、そうであれば、伐採木の搬出禁止の訴訟によつては紛争の終局的解決ははかられないわけであり、そして、そのような訴訟を取て認める利益もないであろうから、なぜ、この訴訟に訴の利益が認められるかの疑問を生ずる。

（41） ここでは、売却は動産執行の売却の手続によつてなされるが（民執法一七七条三項）、その手続には民執法六八条が準用されるから（民執法一三五条）、仮処分債務者は買受の申出をすることはできないのではないかとこの疑問がありえ

よう。しかし、この六八条は、仮処分目的物の売却のための手続には準用されないと解される。蓋し、右の規定の趣旨は、債務を負担している債務者の買受の申出を認めると、買受代金が支払われなかった場合に手続の複雑化を招くし、そもそも買受代金を所持している位ならそれは執行債権の弁済に充てるべきであるところにあるから（浦野雄幸・逐条概説民事執行法「改訂増補」(昭五五)一五七頁、田中康久・新民事執行法の解説「増補改訂版」(昭五五)一八三頁)、金銭執行にのみ当てはまり、非金銭債権を被保全権利とする仮処分には当てはまらないと考えられるからである。そして、実際上も、たとえば、被保全権利の存在を争いつつ、価額の低下を忍んで目的物それ自体に執着する仮処分債務者に、買受の申出を否定することは妥当ではないであろう。またたとえば、右のように解することができないとしても、第三者たる買受人から仮処分債務者が目的物を買戻し、本執行開始時にそれを所持していることはありうる。（42）西山・前掲書二五五頁は、売却により、仮処分債務者に帰属する物件であったとしても、仮処分債権者は右物件について追求できなくなるとする。

## 七 結 語

以上により本稿の筆をおくこととするが、当初の予定を超え、予想以上に長大な論文になってしまった。しかし、そのために、いわゆる満足の仮処分が本案訴訟の審理に及ぼす影響如何という問題とその関連問題には、ほほもれなく触れえたのではないかと思う。そして、右の諸問題の検討にあたつては、当事者間の平衡をはかることを旨としつつ議論を進めてきたが、結論的には、第二節、第三節においては、従来の通説の結論を是認するものであり、第四節、第六節(一)においては、通説(もっとも、第四節においては通説と呼べるものが存在するかも問題であるが、筆者がその結論に賛成した見解が最少数説であることだけは間違いない)を批判した少数説の結論に賛成するものであった。また、第六節(一)においては、結論としても全く新たな見解を提唱した。なお、第五節においては、従来漫然と用いられてきた満足の仮処分という概念が、余り有用な概念ではないことを指摘した。以上のよう



に、結論としては、従来の議論に新たなものを付け加えたという点は余りないが、従来の学説が十分な検討を経ないままとっていた結論に、新たな観点からの理由づけを与ええた点は多少なりともあるのではないかと思う。もっとも、その理由づけの前提とした二重執行を回避する手段、仮処分命令あるいは仮執行宣言により命ぜられた処分の性質、債務の履行に関する理解などにはなお問題とされるべき点が残されておろう。しかし、右のような点につき深い検討を加えることは、現在の筆者の能力を超えることなので、各々の問題に関する箇所述べたような見解を一応前提とせざるをえなかった。以上のような諸点を含め、その他の点についても大方の御叱正を賜われれば幸いである。

〔追記〕 本稿脱稿後、本稿執筆の機縁となった最判昭和四年四月一七日民集三三卷三三六頁につき、前号〔追記〕掲記の判例研究のほか、小林秀之・法学協会雑誌九七卷一八〇七頁の判例評釈が公にされた。小林助教教授は、折衷説中の仮の履行状態不顧慮並びに新事態顧慮説をとられ、特に証明責任の点に関し私見を以下のように批判される。すなわち、まず第一に、法律要件分類説に従っても、被保全権利の主張そのままを訴訟物とする訴訟と損害賠償義務不存在確認等の訴訟とで被保全権利の存否に関する証明責任の所在が逆になることはないはずであるとして、さらに、もし逆になるはずであるならば、仮処分債権者は右の証明責任の点につき自己に有利な損害賠償義務の不存在確認等に訴を変更してくるはずで、その者に不利なはずのものと請求を（口頭弁論終結時を基準時とする）一般原則に反してまで維持させるのもおかしい、とされる。思うに、たとえば、所有権に基づく建物明渡請求に対し賃借権をもって抗弁するという小林助教教授のあげられる例に即していえば、確かに、賃借権成立の証明責任は右の両訴訟で仮処分債権者に課せられるであろう。しかし、法律要件分類説に従えば、さらに賃貸借期間満了の有無が争いになった場合には、被保全権利の主張そのままを訴訟物とする訴訟ではその満了の証明責任が仮処分債権者に課せられるのに対し、損害賠償義務不存在確認等の訴訟ではそれが満了していないことの証明責任が仮処分債務者に課せられることになると思われる（なお、第四節注（22）参照）。また、証明責任の所在が逆になってくるはずであるならば、仮処分債権者の不利になるものと請求を維持させるのもおかしいとされるが、当事者間の衡平をはかるためには、まさにそうさせないことの方がおかしいのではなからうか。なお、法律要件分類説に対

する反対説の主唱者である石田助教授も、証明責任の点に關し小林助教授と同意見であるそうであるが（前掲評釈一八一八頁注（25）参照）、筆者は、第四節注（25）に述べたように、たとえその説に従おうとも、仮処分命令の形式的存在をそのままにしてその効力を実質的に否定するような損害賠償等を容易に認めることは妥当ではなく、右に法律要件分類説による帰結として述べたところに従うべきではないかと臆測しているので、その説に従ってもなお私見は維持されうると考えている。そして、反対説に従い右のように考える場合には、仮処分債権者が損害賠償義務不存在確認等に訴を変更すると本案訴訟不提起ということになり仮処分命令が取消されることになるが、この取消のあった場合に初めて損害賠償義務の不存在確認等の訴訟における被保全権利存在の証明責任が仮処分債権者に課せられることになると思われる。そうすると、第四節（五）では、仮処分債権者が仮処分命令取消により何の不利益も被らないため本案訴訟を提起しない場合は、仮処分債務者が被保全権利不存在確認訴訟を提起しようと述べたが、右の前提が欠けることになるため、そのようなことはいえなくなるのではないかとの疑問がありえよう。しかし、損害賠償義務等の不存在確認を本案訴訟とすることには、右掲記箇所において指摘した難点や、第四節注（26）において指摘した難点があると考えられ、また、さしあたり法律要件分類説に対する反対説の当否如何については態度を留保しつつ叙述を進めてきたので、右掲記箇所の叙述も一応維持したいと思う。

なお、近時、最高裁判所第一小法廷は、仮処分執行後の目的物の滅失の場合のほか、その仮処分債権者から第三者への売却のなされた場合についても、本稿執筆の機縁となった第三小法廷判決と同趣旨の判決を下している（最判昭和五五年七月三日判時九八五号七七頁、この判決については、民商法雑誌八四卷一号掲載予定の拙稿・判例紹介参照）。

（のむら・ひでとし）本学専任講師）